

# **Child Victims**



## **and the Criminal Justice System**

### **A Consultation Paper**

The Department of Justice Canada  
Family, Children and Youth Section

**November 1999**



Department of Justice  
Canada

Ministère de la Justice  
Canada

**Canada**

# Child Victims



## and the **Criminal Justice System**

### **A Consultation Paper**

The Department of Justice Canada  
Family, Children and Youth Section

**November 1999**



## **TABLE OF CONTENTS**

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>BACKGROUND .....</b>	<b>3</b>
<b>AREAS FOR CONSULTATION .....</b>	<b>6</b>
<b>I. CREATING FURTHER CHILD-SPECIFIC CRIMINAL OFFENCES .....</b>	<b>6</b>
<i>Criminal Physical Abuse of a Child.....</i>	<i>6</i>
<i>Criminal Neglect of a Child .....</i>	<i>6</i>
<i>Criminal Emotional Abuse of a Child .....</i>	<i>7</i>
<i>Child Homicide .....</i>	<i>8</i>
<i>Failing to Report Suspected Crimes Against Children.....</i>	<i>9</i>
<b>II. SENTENCING TO PROTECT CHILDREN.....</b>	<b>10</b>
<i>Prohibition Orders.....</i>	<i>10</i>
<i>Long-Term Offenders .....</i>	<i>10</i>
<i>Peace Bonds .....</i>	<i>11</i>
<i>Addressing the Needs and Interests of Children in Sentencing Policy.....</i>	<i>11</i>
<i>Reference to Children in Fundamental Purpose and Principles of Sentencing .....</i>	<i>12</i>
<i>Other Sentencing Principles - Section 718.2.....</i>	<i>12</i>
<i>Expanding the Courts' Powers to Structure Conditions in Sentencing .....</i>	<i>13</i>
<b>III. IMPROVING THE EXPERIENCE OF CHILD WITNESSES AND FACILITATING THEIR TESTIMONY IN CRIMINAL PROCEEDINGS .....</b>	<b>14</b>
<i>Competency of Child Witnesses.....</i>	<i>15</i>
<i>Further Reform of Competency Requirements.....</i>	<i>16</i>
<i>Methods of Presenting Evidence of Child Witnesses .....</i>	<i>18</i>
<i>Testimony outside the courtroom or behind screens.....</i>	<i>18</i>
<i>The use of videotaped evidence.....</i>	<i>19</i>
<i>Hearsay statements.....</i>	<i>20</i>
<i>Other Assistance for Child Witnesses .....</i>	<i>21</i>
<i>Different Ages for Different Purposes: Age of Consent .....</i>	<i>22</i>
<i>Invalid Consent: Its Effect on Sentencing .....</i>	<i>24</i>
<b>CONCLUSION: IMPROVING PROTECTION FOR CHILDREN .....</b>	<b>25</b>



## **INTRODUCTION**

The last two decades have seen a remarkable change in public recognition of the scope and extent of child abuse, neglect, and exploitation and the harms they cause. This growing awareness has been reflected in changes to the criminal law and process in Canada. The government has introduced special child-specific offences to protect children from extreme forms of harmful conduct, and measures have been developed to make it easier for children to testify in court. These approaches reflect the general agreement that child victims and witnesses need to be treated in a manner consistent with the particular needs of their age and development.

These efforts have been helpful, but many believe that the response of the justice system could be more effective. There will always be some people who seek out vulnerable children to satisfy their own dangerous impulses, frustrations, or need to dominate, in spite of the law and the disapproval of the vast majority of Canadian society. It is essential that we continually re-examine the situation, to search for ways to improve the justice system to give our children and young people the protection they need and deserve. That is why we are conducting this consultation.

This consultation paper examines possible changes to the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act* that might provide improved protection for children from serious harm by adults. It examines three areas which raise a wide range of issues for possible reform:

- creating further child-specific offences, such as child homicide and criminal neglect;
- sentencing to improve protection for children from those who might re-offend;
- facilitating children's testimony and providing for assistance for child witnesses, as well as issues relating to age, including age of consent.

Specific questions follow the discussions of the various issues, and we invite you to consider these questions and provide us with your comments and views.

Developing and maintaining effective measures to protect children comprehensively from serious injury and death at the hands of adults requires the best efforts of the provinces and territories and the Government of Canada working together. Providing services to children in need of protection is the responsibility of the provinces and territories; ensuring that appropriate offences and penalties are available is the responsibility of the Government of Canada. Through the *Criminal Code*, the Government of Canada provides strong support for provincial and territorial initiatives to protect children.

The responsibility for protecting our children, though, is shared by all Canadians. The law has long recognized that parents have the primary role in supporting, protecting and educating their children, and has defined parental duties to take into account the

needs of children, as well as the fact that as children grow older, they become less dependent on their parents. Although the Department of Justice will be consulting broadly with experts in many child-related fields and disciplines, it is equally important that we hear from all Canadians who are concerned about the safety and well-being of our children.

Please take the time to review the discussions and questions that follow and send your comments, by March 31, 2000, to the address at the end of this paper. Thank you.

## **BACKGROUND**

In 1984, the Committee On Sexual Offences Against Children and Youths (the Badgley Committee) released its landmark report on the application of the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act*. Although the Committee was appointed by the Government of Canada, all provinces and territories co-operated with its National Child Protection Survey of Child Sexual Abuse, one of a number of surveys in the report.

The Badgley Committee noted that the special status of children in Canada is based primarily on three policy considerations, namely:

the special needs of children who, by reason of their age and level of maturity, need the care and guidance of others in order to develop into healthy, responsible adults; the substantial vulnerabilities of children to persons older and in many ways more powerful; and the actual or presumed incapacity of children to perform certain legal acts in daily life.

While children therefore lack some legal powers enjoyed by adults, it also follows that all members of society have special duties and responsibilities toward children. The nature and extent of these duties may vary according to the relationship; nonetheless, in the words of the report, "a child's legal status is in one sense absolute in that it affects all persons with whom the child has dealings."

The Committee also noted that the state confers special status on children:

to promote the welfare and protection of young persons in two complementary ways: the legal incapacities and disabilities which the child possesses are imposed primarily for his or her own protection, while the various legal duties and responsibilities imposed on others towards the child raise the social interests in the nurturance and protection of children to a legal plane and, it is hoped, thereby strengthen them.

Four years later, the Government of Canada affirmed these duties toward children by amending the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act* to introduce substantial new protections, notably child-specific sexual offences and provisions to help children testify in court. Later research by the Department of Justice showed that these amendments had been effective in improving protection for children, and additional amendments followed in 1993.

Nevertheless, since that time, a number of alarming incidents have given rise to further concern about the safety of children. Adults use various means to approach and have sex with children, as well as those fourteen years of age or older, who are over the general minimum age of consent to sexual activity. Adults have killed children in a number of jurisdictions by direct physical attacks and through the most horrendous

forms of neglect. Some children have also been the victims of severe, long-lasting, and often permanent physical and emotional harms and injuries. Such crimes seem particularly disturbing at a time when the law and society have come to expect higher standards of conduct toward children and young people by persons they should be able to trust, such as family members and guardians, and others in positions of authority and influence.

In response, suggestions and formal recommendations have been made in various forums for changes to both the *Criminal Code* and provincial child welfare legislation, since protecting children is a joint area of responsibility. The Government of Canada is responsible for ensuring that, as far as possible, the *Criminal Code* provides protection for children from extreme forms of abuse, neglect and exploitation. The provinces and territories have the exclusive responsibility for providing the care and services necessary to ensure children's welfare and safety. Suggestions for reform have come from a wide range of sources in response to reported cases of grievous injury and death of children. Among those recommending greater protection for children are judges, Crown prosecutors, defence lawyers, police, health care workers (including those active in the mental health field), hospital child abuse teams, public health nurses, academics, social workers and others directly concerned with child protection. Recommendations have come from judicial inquiries, coroner's inquest juries, child fatality review committees, and other review bodies.

In 1997, to determine how these concerns might best be addressed, federal Justice officials consulted in a number of provinces and territories with officials representing direct service areas in the health, social services and criminal justice sectors, as well as with a number of experts outside government. There was general agreement that the Government of Canada, the provinces and territories should co-operate on a multidisciplinary, multisectoral basis to address linkages between *Criminal Code* issues and the early warning, prevention and enforcement stages of child protection. A federal-provincial-territorial project team was set up to improve the exchange of information among government agencies on risks to children, and similar projects are being considered.

It was also made clear that the *Criminal Code* should be used to support provincial and territorial efforts to protect children by targeting extreme behaviours that cause devastating harms and even death to children. The basic issue for the Department of Justice is whether there is a need for further criminal law protections for children against serious harm by adults, and whether improvements can be made to protect against all types of offences. The essential questions and their implications are set out in the following pages. (A technical background paper is available from the Department of Justice on request.)

It should be noted, though, that not all criminal activities through which adults deliberately exploit and seriously harm children are dealt with here. Child pornography and child prostitution, for instance, raise complex social and legal issues which fall

outside the scope of this consultation. As well, the child pornography provisions of the *Criminal Code* are currently before the courts in several criminal prosecutions, while child prostitution has been comprehensively examined by the Federal-Provincial-Territorial Working Group on Prostitution in their *Report and Recommendations in Respect of Legislation, Policy and Practices Concerning Prostitution-Related Activities* (December 1998). Similarly, because it is specifically concerned with issues of extreme violence, this consultation does not address the defence of the use of reasonable force for correction on the part of a parent or teacher. (This defence is also currently the subject of constitutional challenge in the courts.)

## **AREAS FOR CONSULTATION**

### **I. CREATING FURTHER CHILD-SPECIFIC CRIMINAL OFFENCES**

The criminal law supports and complements provincial child protection laws by targeting and deterring conduct and harm that pose the greatest risk to children. However, the present criminal law may not provide adequate protection against such extreme conduct as severe emotional and psychological harm, "non-violent" neglect, and "unintentional" homicide. A related concern is whether creating a new crime of failure to report suspected crimes involving children would serve to increase their safety.

#### **Criminal Physical Abuse of a Child**

One approach might be to create a specific offence targeting the severe physical abuse of a child, such as conduct which results in physical disabilities that could be permanent. At first glance, a new offence might seem unnecessary since the *Criminal Code* already includes such offences as assault. However, a new provision could enable the criminal law to be more specific in addressing and defining extremes of behaviour and harm, and to develop appropriately serious penalties to help protect children against those who might re-offend. Many states in the United States have adopted this approach to the severe physical abuse of a child, even though they also have laws of general application prohibiting some or all of the conduct involved.

The various American statutes indicate the wide range of issues and elements that could be considered. Many states have created different levels of offence depending on the severity of the harm inflicted. Some vary the seriousness of certain sexual offences depending on the age difference between the person who commits the offence and the child.

**Is there a need for a new *Criminal Code* offence concerning severe physical abuse of a child?**

#### **Criminal Neglect of a Child**

Every year in Canada, there are numerous highly publicized cases of families or caretakers neglecting a child and causing serious harm or even death. It has been suggested that some courts are less likely to treat cases of extreme neglect as seriously as cases that involve direct physical violence. Such concerns raise the question of whether the criminal law is adequate to deal with neglect that seriously harms children or puts them at risk of serious harm.

Most forms of neglect are no doubt more appropriately dealt with under provincial law, and some forms of neglect may justify criminal negligence or manslaughter charges. But an offence that deals specifically with severe or criminal child neglect could more directly address the risks faced by children, and it would send a clear message that "non-violent" neglect may, in some situations, be as serious as physical violence. It could also supplement provincial child welfare initiatives aimed at entrenching neglect and risk of neglect as grounds for finding that a child is in need of protection. Section 215 of the *Criminal Code*, although it does not specifically target neglect, is a possible charge in these cases. That section defines a duty on the part of a "parent, foster parent, guardian or head of a family" to provide necessities of life for a child under the age of 16, and makes it a crime for such a person to fail, without lawful excuse, to carry out the duty. The maximum penalty for failure to provide the necessities is two years' imprisonment, even in cases where the child suffers serious harm.

**Should the *Criminal Code* include an offence for extreme forms of child neglect?**

**If so, should the offence carry a higher maximum penalty than is currently provided for failure to provide necessities?**

### **Criminal Emotional Abuse of a Child**

Research studies have suggested that the most severe and long-lasting damage to children caused by sexual abuse may involve psychological rather than observable physical injury. Inquest juries and inquiry reports have suggested that the focus of the current criminal law on physical harm is insufficient and that the law should more effectively recognize emotional harm or severe psychological harm.

Many criminal statutes in the United States specifically address the infliction of emotional harm by defining abuse in terms of causing mental or emotional damage to a child or placing a child in a position where his or her mental or emotional health is endangered. In some states, emotional abuse is a separate offence, while in others it is part of the general definition of abuse.

Even if the criminal law were to deal more comprehensively with the severe emotional or psychological abuse of children, there would still be difficulties about evidence. In most cases, courts require specific evidence that the victim actually suffered the alleged harm. Emotional harm is often difficult to prove, since its full effects may not become apparent until long after the act took place, and it is often difficult for a child to describe the harm. Proving that emotional harm was caused by a specific act may require the testimony of psychologists or psychiatrists. On the other hand, in some circumstances the connection might be virtually self-evident. Some

courts in Canada have suggested that they are prepared to assume that emotional harm has been caused by sexual assault and certain kinds of abuse inflicted on a child, particularly where there has been a pattern of continuous or long-term abuse. The Supreme Court of Canada has held that emotional harm may be a component of the offence of sexual assault causing bodily harm, but that it must be proved by the prosecution.

In light of the difficulties in proving the harm and the connection, another approach might be to set out the type of evidence that indicates emotional harm, to use definitions that focus on the conduct of the abuser, or to establish statutory presumptions that certain types of conduct result in emotional harm, in addition to any evidence of actual harm that could be introduced.

**Is there a need to define a separate offence in the *Criminal Code* to prohibit severe emotional abuse or the causing of severe emotional or psychological harm to a child?**

and/or

**Is there a need to include the causing of severe emotional or psychological harm to a child in current *Criminal Code* offences or any new offences that deal with criminal abuse or neglect?**

### **Child Homicide**

Murder and manslaughter are both forms of homicide, but while murder requires a specific intent to kill, which is often difficult to prove, manslaughter does not. In one recent case, a coroner's inquest jury recommended the adoption of a child homicide offence which would not require a specific intent to kill – a child-specific form of manslaughter. This recommendation assumed that such an offence could result in more convictions and lengthier sentences than the current types of manslaughter.

Under some special child homicide statutes in the United States, when a child dies from abuse, prosecutors must show only that the offender physically abused the child and that the abuse caused the child's death. Others require proof of some form of recklessness, gross negligence, or extreme indifference to human life.

The possibility of creating offences of criminal child physical abuse and criminal neglect of a child has already been discussed. Should either of these result in death, the child homicide offence could be charged. Whether or not a new child-specific homicide offence would result in more convictions and lengthier sentences, it could

focus attention on society's condemnation of abusive conduct or neglect that results in the death of a child.

### **Is there a need for a new offence of child homicide?**

#### **Failing to Report Suspected Crimes Against Children**

Prompt reporting of abuse to the appropriate provincial authorities is an essential component of child protection. Most provinces have statutory provisions requiring that child abuse be reported to child welfare authorities, or in a few cases, to the police instead. In some, there is no penalty for persons who are not professionals.

However, there is at present no federal *Criminal Code* requirement to report cases of suspected criminal offences involving child victims, such as the suspicious death of a child. Even so, a considerable number of such reports are made directly to the police by members of the public and by professionals who work with children.

Most provinces have protocols requiring child protection authorities to inform police if they learn of possible crimes. However, there is concern that criminal offences may not be reported to police in some situations – for example, where the offender has left the home or where the parents have agreed to co-operate in therapy. Conversely, police may be reluctant to pursue complaints where the family in question is already under the supervision of child welfare authorities. The importance of setting out responsibilities and reinforcing protocols for co-operation between the child protection and criminal justice systems has been emphasized by all levels of government.

Some have suggested that children could be better protected by making it a criminal offence to fail to report offences to the police, in addition to requirements to report to child welfare authorities. A provision could state that anyone who has reasonable grounds to believe that a crime involving child abuse or neglect has occurred or is about to occur must report this to the police. Other options would be to limit the duty to report to cases involving child victims under a given age or to cases involving specific *Criminal Code* offences.

Making the failure to report a criminal offence might help remove doubt and confusion for professionals and other individuals, by making it clear when to report crimes against children.

### **Is there a need for an offence of failing to report suspected criminal offences involving abuse or neglect of children to the police?**

## **II. SENTENCING TO PROTECT CHILDREN**

Creating new offences is one of the methods by which the criminal justice system can support attempts by provincial law to protect children and young persons. Another visible and direct method is for the criminal law to assist courts by giving them the means to sentence offenders appropriately and to ensure that jurisdictions co-operate in using all available methods to prevent re-offending. Sentences appropriate to the crimes and conduct of offenders can also send powerful messages of denunciation that may deter others.

In recent years, the *Criminal Code* sentencing provisions have been reformed to include a clear statement of the purpose and principles of sentencing. As well, courts now have a greater range of sentencing options to deal more appropriately with the range of situations before them.

### **Prohibition Orders**

For example, under section 161 of the *Criminal Code*, a court can make a separate order of prohibition, preventing an offender who has been found guilty of a sexual offence against a child under fourteen from having contact with children or holding a job that might put the offender into a position of trust or authority in relation to children. The prohibition order may last for life. The courts can also make orders to delay the granting of parole to offenders who commit crimes against children. Correctional authorities may delay the release from prison of certain offenders who commit crimes against children if there is reason to believe they will commit further, similar crimes.

### **Long-Term Offenders**

In September 1996, the government introduced new initiatives to strengthen the sentencing and correctional schemes in dealing with individuals presenting a high risk of violent re-offending. These measures were proclaimed in force in July and August 1997. Research had shown that over ninety percent of successful Dangerous Offender applications involved sex offenders, but that procedure was used in relatively few cases. There was a need for a sentencing option that would allow intensive supervision of sex offenders after they had completed their term of imprisonment. The new Long-Term Offender procedure targeted sex offenders generally and sex offenders against children specifically, adding a period of supervision up to ten years after release from prison and completion of any period of parole.

## **Peace Bonds**

Strictly speaking, a peace bond is not a type of sentence, because it is granted by a court without having to charge or convict the person against whom it is made. However, the goals of deterrence and protection may be advanced by making provision for applications to the court even without charges or a conviction. In appropriate circumstances, where there is good reason to fear that someone may commit a sexual or personal injury offence against a child, courts may impose conditions regulating the behaviour and activity of the person.

## **Addressing the Needs and Interests of Children in Sentencing Policy**

Concerns have been raised about whether current sentencing policy adequately addresses the needs and interests of children. The current sentencing scheme might be modified in one or more of the following ways:

- to specifically emphasize the importance of denunciation and deterrence of crimes against children;
- to provide the courts with additional tools to require longer-term supervision and mandate the availability of treatment for offenders who pose a continuing danger of re-offending against children;
- to recognize the frequency and seriousness of child abuse in the home and at the hands of parents and caretakers;
- to recognize that in cases involving familial child abuse or breach of trust, it is not unusual for the offender to be "of previous good character" or to lack a prior criminal record, and accordingly the courts should place less emphasis than usual on these factors when sentencing offenders in such cases;
- to require the courts to emphasize the emotional and psychological harms caused to children in assessing the gravity of the offences and the conduct involved.

**Would any of these suggestions help address the needs and interests of children in sentencing?**

**Are there other ways in which the current sentencing scheme might be modified to address the needs and interests of children?**

## **Reference to Children in Fundamental Purpose and Principles of Sentencing**

The general provisions of the *Criminal Code* listing the fundamental purpose and principles of sentencing (sections 718 and 718.1) are intended to include the protection and safety of children, even in the absence of a specific reference. However, these general statements do not draw attention to child protection and safety as fundamental goals and objectives.

An amendment to the statement of purpose and principles could make it clearer that, where the victim is a child, sentencing courts should consider one or more other defined objectives, such as the protection of the victim and other potential victims from the offender; the deterrence of offences against children; the denunciation of crimes against children; or the supervision and provision of opportunities for treatment of offenders who commit offences against children. In appropriate cases, the sentencing courts could be required to consider these or other potential objectives in addition to those already defined.

Another option would be to amend the fundamental principle of sentencing in section 718.1 to deem offences by adults against children that cause harm to the victim to be inherently grave and the degree of the offender's responsibility to be correspondingly grave. This would better recognize the responsibility that all adults in our society have toward children because of their vulnerability as they develop.

**Would more direct references to children help the courts to focus directly on the needs of child victims when crafting their sentences?**

**Would defined objectives help sentencing courts to arrive at appropriate sentences where child victims are involved?**

**Would the proposed measures be strengthened by an amendment to the sentencing principles to consider all offences of adults against children to be inherently grave?**

## **Other Sentencing Principles - Section 718.2**

Section 718.2 of the *Criminal Code* sets out "other sentencing principles" to be taken into account by the sentencing court. The following are considered aggravating factors in the commission of the offence: evidence that the offender abused the offender's spouse or child (but currently not any other child); and evidence that the offender abused a position of trust or authority in relation to the victim. Research has identified a number of more specific aggravating factors that could assist a court in sentencing. These include:

- evidence of repeated or continuing physical or emotional injury to a child in the home in the commission of an offence;
- evidence that an offender who was a child's caretaker committed an offence involving physical violence against another person in the home in the presence of the child;
- (in the case of an adult offender) the age of the child victim, to be given progressively more weight in the case of younger children.

**Should these additional aggravating factors be considered in sentencing?**

**Are there any other aggravating factors that should be taken into consideration?**

**Expanding the Courts' Powers to Structure Conditions in Sentencing**

The deterrence of offences against children requires a range of responses far more complex than simply imprisoning offenders or giving harsher sentences. Recent reforms have recognized, and experience has demonstrated, that the goals of deterrence and protection may be better advanced in some cases by making treatment available during incarceration and providing for supervision for longer periods after release.

If an offender is not a candidate for Long-Term Offender status, the court may still wish to ensure continuing supervision and the availability of treatment upon release from prison in the interest of protecting the child or other children. However, the judge may not make a probation order, including one requiring supervision and making treatment available after incarceration, unless the sentence is less than two years. The curious result is that longer-term supervision and availability of treatment may be ordered by courts in cases where the offender is *not* considered to pose a danger to the community, but not where the offender *is* considered to be a danger to the community but does not meet the criteria for being designated a Long-Term Offender.

This situation might perhaps be addressed by amending the *Criminal Code* to enable a court to order probation, community supervision, or access to appropriate treatment along with a sentence of more than two years where such an order is required for the purposes of child protection. In such cases, a further amendment could provide that the period of probation, supervision or treatment may last for up to five years, for example.

As an alternative to imposing probation at the time of sentencing, or in addition to it, the judge could make a specific order that the parole board must take into account factors disclosed during the trial that suggest that continued protection of the child victim is necessary. These factors would have to be taken into account in any parole decision. The order would recognize and specify any special needs for protection of the child involved in the case, such as where the offender is likely to return to the home.

### **III. IMPROVING THE EXPERIENCE OF CHILD WITNESSES AND FACILITATING THEIR TESTIMONY IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

Another possible area for expanding the law's protection of children – the treatment of children as victims and witnesses before the criminal courts – has been a major focus of legislative reform and judicial innovation over the past decade. This area includes the issue of competency to testify, testimony outside the courtroom or behind screens, the use of videotaped evidence, hearsay statements, and other assistance.

Legislative initiatives have responded to growing recognition of the possible adverse effect of trauma on the children's memory, on their ability to clearly articulate their recollections of events, and on the accuracy and completeness of their testimony in court. In turn, these problems can impair the ability of the courts to discover the truth, and may lead to greater difficulty in convicting an offender.

Legislation has been enacted to allow children to testify with support persons present, to prohibit their being cross-examined by an accused, to allow them to testify outside the courtroom or behind screens, and to allow the use of videotaped evidence of children describing the acts on which the prosecution is based.

The judiciary has recognized that criminal cases involving harms to children have special features: the offences are often committed in private, so there are seldom witnesses other than the child, and there is rarely other independent confirming medical evidence. As a result, the outcomes of many trials depend almost exclusively on the court's assessment of the child's credibility and the ability of the child to provide as full and accurate an account as possible. The courts have come to appreciate that, in such cases, the best, most complete, and most accurate account may be a description of the events which the child gave to another person closer to the time of the event in question. A series of judicial decisions has allowed evidence of the child's previous narrative to be given, where the circumstances suggest that it is likely to be reliable.

These changes have gone a long way toward improving the experience of child victims and witnesses before the courts and in assisting courts by making available the testimony of children. Together with legislative reforms that have created or redefined offences to better address the harms children face, these changes have also led to a significant increase in successful prosecutions.

## **Competency of Child Witnesses**

However, a number of concerns remain. One is the continuing presumption that children under fourteen are not competent to testify. In each case, a *voir dire* (special hearing) must be held to determine whether the child is competent to testify – something that is done with adults only where there is reason to believe they are not competent.

In 1984 the Badgley Committee called for a fundamental change in the law to permit children to speak directly for themselves at legal proceedings arising from allegations of sexual abuse. The Committee members were convinced by their research that "the assumptions about the untrustworthiness of young children and their inability to recall events with respect to sexual offences are largely unfounded." They observed that there were significant variations in capacity among different children, just as there were with adults. In the Committee's view, making competency contingent on or influenced by age both failed to take into account the cognitive and developmental differences among children and was wrong in principle. The Committee concluded that there should be no special rules on the legal competency of children to give evidence in court, and that their evidence should be received and considered in a similar manner to that of adults. Their specific recommendation was that the *Canada Evidence Act*, the *Young Offenders Act* and provincial evidence acts should be changed to provide that:

1. Every child is competent to testify in court and the child's evidence is admissible. The cogency of the child's testimony would be a matter of weight to be determined by the trier of fact, not a matter of admissibility.
2. A child who does not have the verbal capacity to reply to simply framed questions could be precluded from testifying.
3. The court shall instruct the trier of fact on the need for caution in any case in which it considers that an instruction is necessary.

This recommendation was one of many made by the Committee to improve the experience of, and minimize the trauma suffered by, children appearing before the criminal courts as either victims or witnesses. The thrust of the recommendations on competency was to do away with rules that reflected unjustified stereotypical assumptions about children, and to ensure their testimony was heard wherever possible by requiring only that they should be able to relate what happened and understand and answer simple questions. As with adult witnesses, there would normally be no need for preliminary tests of competency.

In 1988, Bill C-15 responded to the recommendations of the Badgley Committee by amending the *Canada Evidence Act*. A competency test was still required, but the

test itself was altered. The change appeared to reflect an easing of barriers to the reception of children's testimony by focusing on the ability of a proposed witness to "communicate the evidence," which the Badgley Committee had defined as the capacity to respond to simply framed questions. At the same time, the decision not to eliminate a competency test entirely, as the Badgley Committee had recommended, suggested that concerns about the reliability of children's evidence remained.

Under the *Canada Evidence Act*, then, a proposed witness under the age of fourteen may not testify until the court conducts an inquiry to determine whether he or she understands the nature of an oath or solemn affirmation and is able to communicate the evidence. Children who do not understand the nature of an oath or solemn affirmation, but are still able to communicate the evidence, may testify on promising to tell the truth. If they are unable to communicate the evidence, they are not to testify.

The courts have since added two further requirements – capacity to observe and capacity to recollect – to that of the capacity to communicate set out in section 16 of the *Canada Evidence Act*. Moreover, "capacity to communicate" has been interpreted to mean more than the ability to respond to simply framed questions. One court of appeal has said that it means that the witness has the capacity to relate the contentious parts of the evidence with some independence and not entirely in response to suggestive questions, and a willingness to relate the essence of what happened. Unresponsiveness, which would only affect the weight to be given to the evidence of an adult, renders a child incompetent to testify.

A further element was added when the same court said that the standards for the reception of evidence given under a promise to tell the truth under the new legislation are the same as those for the reception of unsworn evidence under the earlier legislation. The court held that, in order to allow a child to testify unsworn, the trial judge must find that the child understands the meaning of a promise and the importance of keeping it – in other words, that the child understands the meaning of the duty to speak the truth. In a recent decision, the Supreme Court of Canada appears to have adopted this view in emphasizing that children may have difficulty understanding the obligation imposed by a promise to tell the truth. This judicial interpretation would seem to return the law to its earlier state, so that the reform can be said to have had little or no effect. Any further attempt to legislate a standard for the reception of evidence given under a promise to tell the truth may be similarly unsuccessful.

### **Further Reform of Competency Requirements**

Many arguments have been advanced in support of eliminating the current requirement that a competency hearing be held in all cases where a witness under the age of fourteen is called to testify in criminal proceedings. Without a statutory provision requiring an inquiry into the competency of every child witness, such factors as the

capacity to observe what was happening, to recollect what was observed, and to independently relate contentious parts of evidence would not be investigated as a matter of course before allowing the child witness to testify. These factors would, of course, continue to affect the weight to be given the testimony, just as for adult witnesses.

The competency test, and its interpretation by the courts, appears to add unnecessary complexity. The unintended effects of reform may have made the experience of child witnesses more rather than less traumatic and made it more difficult for their evidence to be heard. Preliminary proceedings for child witnesses are becoming more common and complex. A stigma continues to attach to evidence that is unsworn or given on a promise to tell the truth.

Other jurisdictions provide examples of new approaches that might be taken with respect to the competency of child witnesses. The United States *Federal Rules of Evidence* presume the competency of all witnesses, and the U.S. Code provides that a competency examination regarding a child may be conducted only if the court determines, on the record, that there are compelling reasons for it – the child's age alone is not considered a compelling reason. A competency examination of a child witness must be conducted out of the sight and hearing of a jury, and the questions asked must be appropriate to the age and developmental level of the child. As well, the questions must not relate to the issues at trial, and must focus on the child's ability to understand and answer simple questions.

England has also passed criminal justice legislation for the purpose of abolishing the competency requirements that had previously applied to children. Under the new law, a child witness is no longer required to undergo a competency hearing before being permitted to testify in criminal proceedings. Instead, the law provides that a child's evidence "shall be received unless it appears to the court that the child is incapable of giving intelligible testimony." There is no longer a requirement that the judge be satisfied that the child understands the duty to speak the truth, nor is there any requirement for the child to promise to tell the truth or for the judge to admonish the child to be truthful. Finally, the law provides that the evidence of witnesses under fourteen years of age shall be given unsworn.

**Should child witnesses be placed on the same footing as adult witnesses by eliminating the requirement for a competency hearing?**

## **Methods of Presenting Evidence of Child Witnesses**

### **Testimony outside the courtroom or behind screens**

Subsection 486(2.1) of the *Criminal Code* allows a complainant or any witness under eighteen to testify from outside the courtroom or from behind a screen or other device that prevents him or her from seeing the accused. The legislation is intended to relieve against situations where the child complainant or witness could reasonably be expected to be intimidated or otherwise adversely affected by the presence of the accused in the courtroom and may, for this reason, be inhibited in testifying. An application must be made to the judge for an order permitting testimony to be given in this manner.

An order will be made only if a number of conditions are met:

- (1) the accused must stand charged with one of the specified assault or sexual offences, including sexual assault, sexual interference, invitation to sexual touching, sexual exploitation, indecent exposure, and assault causing bodily harm;
- (2) the complainant or witness must be a child under the age of eighteen at the time of the trial or preliminary inquiry;
- (3) the judge must form the opinion that the exclusion is necessary to obtain "a full and candid account of the acts complained of" from the complainant or witness; and
- (4) in cases where the witness testifies outside the courtroom, the accused, judge and jury must be able to watch the testimony by means of closed-circuit television "or otherwise", and the accused must be permitted to communicate with counsel while watching the testimony.

The Supreme Court of Canada has upheld the constitutionality of subsection 486(2.1). The Court's major focus was the interest in receiving the most reliable evidence. The Court recognized that taking steps to minimize the child witness's trauma in order to allow the child to present testimony as effectively as possible could help a court's goal of seeking the truth. However, minimizing the witness's stress is not in itself an objective of the legislation. Even where testifying in front of the accused could be psychologically damaging, the witness is not entitled to testify behind a screen or by closed-circuit television if he or she is still capable of furnishing the court with a "full and candid" account of what occurred.

There are two different policy-based rationales for supporting the consistent use of screens and closed-circuit television for very young children and for adolescents.

The rationale for young children is that they need special consideration so that the court can receive as full an account of their stories as possible. The current understanding of the psychological and emotional development of older children and adolescents suggests that their trauma may focus not only on fear of the accused, but also on the shame and embarrassment involved in making the kinds of "public" disclosures sometimes required during courtroom proceedings. However, because some courts focus on fear of the accused and the interpretation of the term "necessary" in deciding whether to permit testimonial supports, this trauma suffered by adolescents may be seen by the courts as insufficient to meet the current test.

Changes to the wording of the test for permitting the use of these procedures might be considered. An amendment could clarify that these testimonial supports are available if either of two grounds is satisfied: that it would assist the child to give a full and candid account of the events in question or that it would be in the best interests of the child. Fear of the accused or trauma about testifying in open court would be two factors among others that might support an application on one or both of those grounds.

Another option would be to make the supports mandatory for child witnesses up to a specified age and available for young people above that age on either of the grounds mentioned above, perhaps subject to the discretion of the judge. The current provision applies only to child complainants and witnesses who testify in relation to specified sexual and some assault offences. Children who are complainants and witnesses in relation to any offence involving violence may suffer comparable trauma and be inhibited in testifying. These supports could perhaps be made more widely available in relation to other offences involving violence or other harm to children. Another possibility would be to make them available to all children under a certain age who testify, whatever the offence might be.

**Should testimonial supports be made more widely available to children?**

**Are there any other ways in which testimonial support could be given to children in court?**

#### **The use of videotaped evidence**

Section 715.1 of the *Criminal Code*, introduced in 1988 in the Bill C-15 reform and subsequently amended to extend its coverage, provides for the admissibility of videotaped statements made by child witnesses who were under the age of eighteen years at the time the offence was committed. The videotape must have been made within a reasonable time after the offence and the child witness must adopt the contents of the videotape at trial.

The Supreme Court of Canada has upheld the constitutionality of this provision. When the measure was introduced, it was argued that admitting an earlier statement would provide the court with a more accurate and complete account of what took place. The fact that it was taken in a more informal and less stressful setting at a time closer to the event would enhance its reliability. The witness might refer to the video even if he or she recalls the details of the event, and the video could replace the trial testimony if the witness is inarticulate or forgetful, whatever the cause. The requirement that the child must testify satisfies any concerns there may be about the lack of an opportunity to cross-examine the child when the statement is given.

Although children are still subject to cross-examination, the use of a videotape can save them from having to narrate the entire story in the courtroom. The videotape is played in court before the child is asked whether he or she remembers making it and adopts it.

Once the videotaped statement is ruled to have been adopted, it becomes evidence of the events described as if the child had made the statements in court. Any questions about the circumstances of the video, the truth of the statements, and their overall reliability are matters to be weighed by the court. If the witness makes statements during testimony contradicting the videotape, the videotaped statement may be given less weight but is not inadmissible.

**Should the videotape procedure be made available to all child witnesses in criminal proceedings, regardless of the offence involved?**

**Should police and other professionals be encouraged to develop guidelines or standards on appropriate methods of conducting videotaped interviews of children to help ensure the interviews will be admitted in evidence?**

#### **Hearsay statements**

The courts, to promote the "truth-seeking" goal of the criminal process, have focused at least in part on the protection of children as a reason for modifying the rule that prevented children's out-of-court statements to third parties from being admitted into evidence (the "hearsay" rule). Traditionally, courts did not admit such statements because they were considered not the best or most reliable evidence. Direct testimony from the victim under oath was preferred to testimony from a third party about what the victim said outside of court, mainly because the victim could be cross-examined.

However, in a 1990 case concerning a physician charged with sexually assaulting his three-year-old patient, the Supreme Court of Canada ruled that the hearsay rule should become more flexible in dealing with new situations and needs in the law: a child's out-of-court statement alleging crimes against the child could be admitted into evidence to establish the truth of the statement, provided the requirements of "necessity" and "reliability" were met.

In this case, the trial court's admission of the child's earlier statement to her mother describing what the physician had done was "reasonably necessary" because the trial judge had ruled that the child was incompetent to testify, and there was a need to get an "accurate and frank rendition" of the child's version of events before the court.

Subsequently a new trial was held, and the accused was convicted. At later disciplinary hearings, some four years after the event, the child was found to be competent to testify, but could no longer remember details or circumstances surrounding the assault. The earlier statement the child had made to her mother was again admitted into evidence. The necessity test was satisfied because the child's inability to recall the circumstances demonstrated that she could not give her own full and frank description of the relevant events.

The hearsay exception has been extended by the Supreme Court of Canada to cases where a witness does testify, but recants a previous out-of-court statement. The inability to obtain the evidence of a recanting witness is sufficient to establish the necessity of receiving the hearsay statement. Sufficient circumstantial guarantees of the statement's reliability are still required.

Without a videotape, the court must rely on another witness to recount the child's out-of-court statement and describe the child's demeanour. However, it is arguable that there is no reason in principle to distinguish an out-of-court record in writing or memory from one on videotape, if there are circumstantial guarantees of its reliability.

**Should out-of-court statements made to third parties by children alleging crimes committed against them be admitted to prove the truth of the statements, provided the statements are made in circumstances supporting their reliability?**

**Should there still be an additional requirement to show "necessity"?**

### **Other Assistance for Child Witnesses**

The *Criminal Code* directs the court to appoint counsel for an accused for the sole purpose of conducting the cross-examination of a witness who is under the age of

fourteen at the time of the proceedings. (Bill C-79 (1999), which deals with victims of crime, would raise the age of the witness to eighteen.) The Code also enables a judge, on application, to allow a "support person" chosen by the child witness to be close to the child while testifying, where the witness is under the age of fourteen at the time of the trial or preliminary hearing. However, it is not unusual for the witness to have reached the age of fourteen by the time of the trial or preliminary hearing, and so not to qualify for a support person.

These types of assistance are now available only in relation to trials of sexual offences and offences involving violence against the person.

It is also important to ensure that children are not asked questions in cross-examination that are inappropriate to their age and development. Inappropriate questions may confuse the child and mislead the court. One suggestion is that these concerns might be left to the courts to address directly on their own initiative, since the courts are in the best position to develop appropriate guidelines for questioning children, and to enforce them, with the co-operation of counsel.

**Would it be more appropriate to provide that any delay in the trial or preliminary hearing will not deprive the child witness of needed support?**

**Would it be preferable to make these types of assistance available to child victims and witnesses regardless of the offence, if it would help reduce their trauma and enable them to testify more fully and accurately?**

### **Different Ages for Different Purposes: Age of Consent**

The reason for having different ages for different types of assistance to child witnesses is to help overcome their difficulties in testifying and to assist the court by providing a full account of what happened. The question of age also arises in connection with *Criminal Code* offences involving child victims since the age of consent to sexual activity is part of the definition of crimes involving a child victim. The age of consent to most forms of sexual activity is fourteen, but in offences which target specific forms of child exploitation the age is eighteen – for example, section 153 of the *Criminal Code* prohibits sexual activity with a young person fourteen years of age or older but under eighteen, where the other person is in a position of trust or authority or where the young person is in a position of dependency.

The situations and purposes are different in the various cases. Part of the reason that the general minimum age of consent was set at fourteen was apparently to avoid criminalizing consensual sexual activity between young persons who are both this age or a little older. Since this conduct is generally not regarded as exploitative in nature, the minimum age of consent to most sexual activity is not relevant to the choice of age for offences which prohibit various forms of exploitation. On the other hand, the higher minimum ages in offences involving exploitation may be an influential argument for raising the general age of consent to provide necessary protection from exploitation by adults.

To avoid criminalizing conduct that Parliament thought should not be criminalized, there is also a "close-in-age" exception for young persons twelve or thirteen years of age who engage in consensual sexual activity with persons in their own age group (that is, less than two years older). The activity may be inappropriate and meet with social disapproval, but it may be better regulated through family guidance and values-oriented education.

However, there is concern that the present general age of consent, which has been in the *Criminal Code* for more than one hundred years, is too low to provide effective protection from sexual exploitation by adults. (At one time, there was a specific offence prohibiting sexual intercourse with a fourteen- or fifteen-year-old girl, which could be prosecuted only in certain limited circumstances that were difficult to prove.) Immature, inexperienced youngsters are unlikely to have adequate knowledge of the implications and consequences of sexual activity. The relatively low age may allow pimps, for instance, to seduce young girls without fear of prosecution, with the intention of luring them into prostitution.

Police forces have expressed concern that the current age of consent has attracted the attention of adults living in jurisdictions with a higher age of consent, who wish to lure young girls into sexual activity without fear of criminal consequences. For example in one recent case, a forty-three-year-old man living in the United States contacted a fourteen-year-old girl through the Internet and arranged to meet with her in an Ottawa hotel room. The girl's mother learned of the situation and contacted the police. The police found the man waiting in the room with sex toys and condoms, but he could not be charged because the girl was fourteen – the age of consent in Canada.

The age of consent in the United States and Australia is generally sixteen, which is also the age in England. In other European countries, the age varies depending on the country and conduct involved, ranging from twelve in the Netherlands to fifteen in France, sixteen in Belgium and Luxembourg and seventeen in Ireland. In Canada, there have been suggestions that the age should be raised to sixteen or even eighteen. Raising the age would provide children and young people with an additional measure of protection until they reach a higher level of maturity and understanding about the issues involved in engaging in sexual activity. It would be more consistent with the treatment of children in other activities, such as leaving school, driving and even getting married.

Raising the age would recognize that young people older than fourteen are still vulnerable to exploitation by adults, which is the primary purpose of the higher minimum ages in the Code sections dealing with specific situations involving exploitation. However, if the general age of consent is set too high, it may fail to take into account that as adolescents mature into adulthood, young people are able to make progressively more responsible and informed autonomous choices to engage in sexual activity. It is generally accepted that the criminal law is not an effective means of controlling the sexual behaviour of older teenagers.

**Should the general age of consent to sexual activity be changed? If so, what would be an appropriate age?**

**Invalid Consent: Its Effect on Sentencing**

An important related issue is whether a child victim's consent to sexual activity should have any effect on sentencing where the child is below the age of consent and cannot legally give valid consent. Recently, an offender in his twenties, convicted of sexually assaulting a girl under fourteen years of age who had been babysitting his children, appealed his nine-month prison term. In a highly publicized decision, the appeal court substituted a conditional sentence allowing the offender to serve his sentence in the community and deleted a condition of the previous sentence prohibiting him from living in a home with a child under eighteen years of age.

The basis for the decision was the appeal court's conclusion that even though the girl could not consent in law, she was nevertheless "a willing participant". The appropriateness of treating a child's apparent consent or lack of resistance as a mitigating factor for sentencing purposes in such cases has raised concerns because it seems to ignore the purpose of prohibiting sexual activity with a child under the age of consent.

**Is there a need to amend the *Criminal Code* to clarify that no apparent consent or acquiescence can be considered a mitigating factor in sentencing where consent is specifically stated not to be a defence to a charge involving a child victim?**

## **CONCLUSION: IMPROVING PROTECTION FOR CHILDREN**

The victimization of children and young people has significant costs both for the victims and their families and for the future of our society as a whole. A continuing effort is required to improve detection and prevention of potential abuse, neglect and exploitation, and to ensure effective investigation, prosecution and punishment where crimes against children do occur.

The paper sets out a number of possible improvements that are being considered. The Department of Justice will be consulting with professionals and organizations working with child victims. However, the welfare of children is everyone's concern, and it is essential to hear and take into account the views of parents, other family members and all Canadians who care about our children. Written responses to the questions raised in the paper are invited from all concerned groups and individuals. All comments will be considered very carefully in determining what steps to take to improve criminal law protections for children and youths.

Please send your comments to:

Child Victim Consultation  
Family, Children and Youth Section  
Department of Justice Canada  
284 Wellington Street  
Ottawa, Ontario  
K1A 0H8



# *Les enfants victimes*



## **et le système de justice pénale**

### **Document de consultation**

Section de la famille, des enfants et des adolescents  
Ministère de la Justice du Canada

**Novembre 1999**



Ministère de la Justice  
Canada

Department of Justice  
Canada

**Canada**

# *Les enfants victimes*



## **et le système de justice pénale**

### **Document de consultation**

Section de la famille, des enfants et des adolescents  
Ministère de la Justice du Canada

**Novembre 1999**



## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	1
HISTORIQUE .....	3
DOMAINES DE CONSULTATION .....	6
<b>I. CRÉER D'AUTRES INFRACTIONS CRIMINELLES TOUCHANT SPÉCIFIQUEMENT LES ENFANTS.....</b>	<b>6</b>
Agression physique criminelle contre un enfant .....	6
Négligence criminelle à l'endroit d'un enfant .....	6
Violence psychologique criminelle à l'endroit d'un enfant.....	7
L'homicide visant les enfants.....	9
Omission de signaler les crimes présumés visant des enfants .....	9
<b>II. DÉTERMINER LA PEINE DE MANIÈRE À PROTÉGER LES ENFANTS .....</b>	<b>10</b>
Ordonnances d'interdiction.....	11
Contrevénants visés par une surveillance de longue durée .....	11
Engagements de ne pas troubler l'ordre public .....	12
Répondre aux besoins et aux intérêts des enfants dans la politique relative à la détermination de la peine .....	12
Mention de l'enfant dans l'énoncé de l'objet et des principes fondamentaux de la détermination de la peine .....	13
Autres principes de détermination de la peine – article 718.2 .....	14
Élargir les pouvoirs des tribunaux pour leur permettre de structurer les conditions en matière de détermination de la peine .....	15
<b>III. FACILITER L'EXPÉRIENCE DES ENFANTS TÉMOINS ET LA RECEVABILITÉ DE LEURS TÉMOIGNAGES DANS LES INSTANCES CRIMINELLES .....</b>	<b>16</b>
Habilité des enfants à témoigner .....	17
Réforme complémentaire des conditions d'habilité à témoigner .....	19
Modes de présentation des témoignages d'enfants .....	20
Témoignage à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran.....	20
Recours aux enregistrements magnétoscopiques .....	22
Déclarations relatées (oui-dire).....	23
Autres types d'assistance aux enfants témoins .....	24
Âges différents, objectifs différents : l'âge du consentement.....	25
Le consentement invalide : son effet sur la condamnation .....	27
<b>CONCLUSION : COMMENT OFFRIR UNE MEILLEURE PROTECTION AUX ENFANTS.....</b>	<b>28</b>



## **INTRODUCTION**

Les deux dernières décennies ont été marquées par une formidable prise de conscience du public à l'égard de l'ampleur véritable de la violence, de la négligence et de l'exploitation dont les enfants sont victimes et des préjudices qui en découlent. Cette prise de conscience de plus en plus grande se reflète dans les changements au niveau du droit pénal et des procédures au Canada. Le gouvernement a introduit des infractions spéciales, visant précisément les enfants pour protéger ces derniers de formes extrêmes de conduite préjudiciable, et des mesures ont été élaborées pour faciliter le témoignage des enfants en cour. Ces approches reflètent le consensus général selon lequel les enfants victimes et les témoins doivent être traités de façon compatible selon leur âge et leur évolution.

Ces efforts ont été utiles, mais bien des gens croient que l'intervention du système de justice pourrait être plus efficace. Il y aura toujours des gens à la recherche d'enfants vulnérables afin de répondre à leurs pulsions dangereuses, leurs frustrations ou à leur besoin de domination, en dépit de la loi et du désaccord exprimé par la majorité des citoyens canadiens. Il est essentiel que nous réexaminions sans cesse la situation en vue de trouver des moyens d'améliorer le système de justice de manière à protéger nos enfants et nos jeunes comme ils en ont besoin. Voilà la raison d'être du présent document de consultation.

Le présent document de consultation porte sur les modifications possibles au *Code criminel* et à la *Loi sur la preuve au Canada* en vue d'accroître la protection des enfants à l'encontre des préjudices graves causés par des adultes. Le document comporte également un examen de trois aspects qui soulèvent un large éventail de possibilités de réforme :

- créer d'autres infractions touchant spécifiquement l'homicide et la négligence criminelle visant les enfants;
- modifier le régime de détermination de la peine afin de mieux protéger les enfants des personnes qui pourraient récidiver;
- faciliter le témoignage des enfants, leur prêter assistance et traiter d'autres questions faisant intervenir l'âge, comme l'âge requis pour donner un consentement valable.

On y aborde également des questions particulières, et nous vous invitons à vous pencher sur ces questions et à nous faire part de vos observations et opinions.

La conception et le maintien de mesures efficaces qui protègent pleinement les enfants des risques de blessures graves (y compris le décès) auxquels ils sont exposés face à certains adultes nécessitent une vigilance absolue de la part des provinces, des territoires et du gouvernement du Canada. Il appartient aux provinces et aux territoires d'offrir des services aux enfants ayant besoin de protection. Pour sa part, le gouvernement du Canada doit veiller à ce que des sanctions satisfaisantes existent pour protéger les enfants. Grâce au *Code criminel*, le gouvernement du Canada fournit

**un appui important aux initiatives provinciales et territoriales en matière de protection de l'enfance.**

**La responsabilité de protéger nos enfants incombe à tous les Canadiens. La loi reconnaît depuis longtemps que les parents ont comme principale responsabilité d'aider, de protéger et d'instruire leurs enfants, et elle leur attribue des responsabilités de manière à tenir compte des besoins des enfants et du fait que les enfants dépendent moins des parents au fur et à mesure qu'ils grandissent. Le ministère de la Justice mènera de vastes consultations avec des experts dans une foule de domaines et de disciplines qui se rapportent à l'enfance; cependant, il est tout aussi important que tous les Canadiens intéressés se fassent entendre sur la question de la sécurité et du bien-être des enfants.**

**Nous vous prions de prendre connaissance des discussions et des questions qui suivent et de nous faire parvenir vos observations au plus tard le 31 mars 2000 à l'adresse donnée à la fin du document. Nous vous remercions de votre contribution.**

## HISTORIQUE

En 1984, le Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le Comité Badgley) a déposé son important rapport sur l'application du *Code criminel* et de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutes les provinces et tous les territoires ont participé au Sondage national sur la protection de l'enfance, l'un des sondages menés dans le cadre de la préparation du rapport du Comité, même s'il a été formé au niveau fédéral.

Le Comité Badgley a souligné que le statut spécial des enfants au Canada repose principalement sur trois facteurs politiques, soit :

*...les besoins particuliers des enfants qui, en raison de leur âge et de leur immaturité, ont besoin des soins et des conseils d'autrui pour devenir un jour des adultes équilibrés et conscients de leurs responsabilités; la grande vulnérabilité des enfants face à leurs aînés qui, à bien des égards, sont plus puissants qu'eux; et l'incapacité réelle ou présumée des enfants d'accomplir certains actes juridiques de la vie courante*

Comme les enfants n'ont donc pas tous les pouvoirs juridiques des adultes, il s'ensuit que tous les membres de la société ont des devoirs spéciaux face à eux. La nature et la portée de ces devoirs peuvent varier selon la nature de la relation. Néanmoins, comme le dit le rapport, le statut juridique de l'enfant est en quelque sorte absolu puisqu'il touche toutes les personnes avec qui l'enfant a des rapports.

Le Comité a également fait remarquer que la reconnaissance par l'État d'un statut spécial à l'endroit des enfants vise à :

*...favoriser leur bien-être et leur protection de deux façons complémentaires : l'incapacité juridique de l'enfant lui est imposée essentiellement pour sa propre protection tandis que les divers devoirs et responsabilités que la loi impose au restant de la société envers l'enfant élèvent l'intérêt de celle-ci pour l'entretien, l'éducation et la protection des enfants au plan juridique, ce qui, on espère, les renforce.*

Quatre ans plus tard, le gouvernement du Canada a confirmé l'existence de ces obligations envers les enfants et a modifié le *Code criminel* et la *Loi sur la preuve au Canada* en y introduisant de nouveaux moyens de protection importants, notamment des infractions sexuelles touchant spécifiquement les enfants et des dispositions législatives visant à aider ceux-ci à témoigner en cour. D'après les recherches que le ministère de la Justice a menées, ces mesures ont permis d'améliorer la protection des enfants, et d'autres changements ont été apportés en 1993.

Néanmoins, depuis ce temps, plusieurs incidents alarmants et préoccupants sur le plan de la sécurité des enfants se sont produits. En effet, les adultes se servent de différents moyens pour avoir des relations sexuelles avec des enfants, y compris les jeunes âgés

d'au moins quatorze ans, soit l'âge minimum généralement prescrit en ce qui a trait au consentement à l'activité sexuelle. Dans plusieurs administrations, des adultes ont tué des enfants en s'attaquant directement à eux et en les négligeant de la façon la plus horrible qui soit. Certains enfants ont également été victimes de graves préjudices physiques et psychologiques dont les séquelles sont souvent permanentes. Ces crimes sont particulièrement troublants à une époque où la société et la loi s'attendent à une conduite des plus respectueuse envers les enfants et les jeunes de la part des personnes auxquelles ils devraient pouvoir se fier, soit les membres de la famille et les tuteurs ainsi que les autres personnes en situation d'autorité ou d'influence.

C'est pourquoi des suggestions et des recommandations formelles en vue de modifier à la fois le *Code criminel* et la législation provinciale sur les services d'aide à l'enfance ont été faites dans le cadre de différentes tribunes puisque la protection des enfants est une responsabilité partagée. Le gouvernement du Canada est tenu de veiller à ce que le *Code criminel* protège dans la mesure du possible les enfants des formes extrêmes de violence, de négligence et d'exploitation. Quant aux provinces et aux territoires, il leur appartient de fournir les services et les soins nécessaires pour assurer le bien-être et la sécurité des enfants. Les suggestions de réforme proviennent de différents milieux et découlent du signalement de plusieurs cas dans lesquels des enfants ont été gravement blessés ou sont décédés. Parmi ceux qui recommandent de rehausser la protection à l'endroit des enfants, on retrouve des juges, des avocats de la poursuite et de la défense, des membres de la police, des spécialistes des soins de santé (notamment ceux qui œuvrent en santé mentale), des équipes chargées d'examiner les cas d'enfants maltraités, des infirmières du système de la santé publique, des universitaires, des travailleurs sociaux ou d'autres intervenants directement concernés par la protection de l'enfance. Les recommandations découlent d'enquêtes menées par les tribunaux, les coroners, les comités d'étude des cas de décès chez les enfants et d'autres organes d'examen.

En 1997, afin de déterminer la façon d'agir face à ces préoccupations, des fonctionnaires du ministère de la Justice ont consulté des représentants de différents fournisseurs directs de services de santé, de services sociaux et de services liés à la justice pénale dans certains territoires et provinces ainsi que certains spécialistes de l'extérieur du gouvernement. Il a généralement été reconnu que le gouvernement du Canada ainsi que les provinces et les territoires devraient collaborer sur une base multidisciplinaire et multisectorielle afin d'assurer une liaison entre les questions liées au *Code criminel* et les mesures à prendre à l'étape de l'avertissement préliminaire, de la prévention et de l'application. Une équipe de projet fédérale-provinciale-territoriale a été mise sur pied pour améliorer l'échange de renseignements entre les organismes gouvernementaux en ce qui a trait aux risques auxquels les enfants sont exposés, et d'autres projets similaires sont envisagés.

Il a également été reconnu d'emblée que le *Code criminel* devrait être utilisé pour soutenir les efforts des provinces et des territoires en matière de protection de l'enfance, en visant les comportements extrêmes qui laissent des séquelles importantes

allant parfois jusqu'à la mort de l'enfant. La question la plus importante qui se pose pour le ministère de la Justice est celle de savoir s'il est nécessaire d'ajouter aux règles de droit criminel de nouvelles mesures visant à protéger les enfants des adultes dangereux et s'il y a lieu d'accroître les mesures de protection à l'encontre de tous les types d'infractions. Les questions principales et leurs implications sont décrites dans les pages suivantes. (On peut obtenir un document d'informations techniques en faisant la demande au ministère de la Justice.)

Il faudrait noter, toutefois, que les activités criminelles par lesquelles des adultes exploitent délibérément et causent des torts énormes aux enfants ne sont pas toutes traitées ici. La pornographie et la prostitution infantiles, par exemple, soulèvent des questions sociales et juridiques complexes qui débordent les cadres de la présente consultation. De plus, les dispositions du *Code criminel* concernant la pornographie infantile sont actuellement contestées devant les tribunaux dans plusieurs poursuites pénales, tandis que la prostitution infantile a été examinée en profondeur par le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la prostitution dans son rapport intitulé *Rapport et recommandations relatives à la législation, aux politiques et aux pratiques concernant les activités liées à la prostitution* (décembre 1998). De même, parce qu'elle s'intéresse spécifiquement à la question de la violence extrême, la présente consultation ne porte pas sur le moyen de défense relatif à l'utilisation de force raisonnable de la part d'un parent ou d'un enseignant pour corriger un enfant. (Ce moyen de défense fait lui aussi l'objet d'une contestation constitutionnelle devant les tribunaux.)

## **DOMAINES DE CONSULTATION**

### **I. CRÉER D'AUTRES INFRACTIONS CRIMINELLES TOUCHANT SPÉCIFIQUEMENT LES ENFANTS**

Les règles de droit criminel servent à appuyer et à compléter les lois provinciales en matière de protection de l'enfance en cherchant à cibler et à prévenir les comportements et les préjudices les plus menaçants à l'endroit des enfants. Toutefois, les règles existantes n'offrent peut-être pas une protection suffisante contre les comportements extrêmes, comme le préjudice psychologique et émotif grave, la négligence « non empreinte de violence » et l'homicide « non intentionnel ». Il y a également lieu de se demander si la création d'une nouvelle infraction à l'égard de l'omission de signaler les crimes présumés touchant des enfants permettrait d'accroître la sécurité des jeunes.

#### **Agression physique criminelle contre un enfant**

Une solution pourrait consister à créer une infraction spécifique à l'égard de l'agression physique grave contre un enfant, par exemple lorsque la conduite entraîne des handicaps physiques qui pourraient être permanents. À prime abord, il ne semblerait peut-être pas nécessaire de créer cette infraction, compte tenu des infractions déjà prévues au *Code criminel*, notamment les voies de fait. Toutefois, une disposition de cette nature aurait pour effet de définir de façon plus précise les comportements et préjudices extrêmes en droit criminel et favoriserait l'adoption de pénalités correspondantes qui permettraient de mieux protéger les enfants des personnes qui pourraient s'attaquer de nouveau à eux. Aux États-Unis, bon nombre d'États ont choisi cette solution en ce qui concerne l'agression physique grave à l'endroit des enfants, même s'ils ont déjà adopté des lois générales interdisant quelques-uns ou la totalité des comportements concernés.

Les différentes lois américaines font état de la diversité des problèmes et éléments qui pourraient être pris en compte. Bon nombre d'États ont prévu des paliers d'infraction différents selon la gravité du préjudice causé. Dans certains États, la gravité de certaines infractions d'ordre sexuel varie en fonction de la différence d'âge entre l'auteur de l'infraction et l'enfant.

**Y aurait-il lieu d'ajouter au *Code criminel* une nouvelle infraction relative à l'agression physique grave contre un enfant?**

#### **Négligence criminelle à l'endroit d'un enfant**

Chaque année au Canada, les médias ne cessent de relater les cas d'enfants maltraités et parfois même décédés par suite de la négligence dont ils ont été victimes

de la part d'un membre de leur famille ou de leur gardien. Apparemment, certains tribunaux pourraient être moins enclins à traiter les cas de négligence extrême aussi sérieusement que les cas d'agression physique directe contre des enfants. Cette préoccupation soulève la question de savoir si les règles de droit criminel sont adéquates pour ce qui est du traitement de la négligence qui cause ou qui risque de causer un préjudice grave aux enfants.

Certes, le traitement le plus efficace de la plupart des formes de négligence demeure celui qui est prévu dans les règles de droit provincial, bien que certaines formes de négligence justifient des accusations de négligence criminelle ou d'homicide involontaire coupable. Toutefois, la création d'une infraction concernant spécifiquement la négligence grave ou la négligence criminelle à l'endroit d'un enfant pourrait abaisser plus directement les risques auxquels les enfants sont exposés et indiquer clairement, au même moment, que la négligence non empreinte de violence peut, dans certains cas, être aussi grave que l'agression physique. Cette infraction pourrait également compléter les mesures provinciales en matière de protection de l'enfance qui visent à faire reconnaître la négligence et le risque de négligence comme des motifs permettant de conclure qu'un enfant a besoin de protection. L'article 215 du *Code criminel*, qui ne porte pas spécifiquement sur la négligence, pourrait être invoqué en pareil cas. Il impose à toute personne l'obligation, « en qualité de père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille », de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans et précise que chacune de ces personnes qui omet sans excuse légitime de remplir cette obligation commet une infraction. La pénalité maximale que l'auteur de cette infraction encourt est une peine d'emprisonnement de deux ans, même lorsque l'enfant est gravement lésé.

**Y aurait-il lieu d'ajouter au *Code criminel* une infraction à l'égard des formes extrêmes de négligence à l'endroit des enfants?**

**Dans l'affirmative, l'auteur de cette infraction devrait-il être passible d'une pénalité maximale plus lourde que la pénalité actuellement prévue à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence?**

### **Violence psychologique criminelle à l'endroit d'un enfant**

D'après certaines recherches, le préjudice le plus grave et le plus persistant causé par l'agression sexuelle des enfants est peut-être le préjudice psychologique plutôt que les lésions corporelles apparentes. Selon certains rapports de coroner et rapports d'enquête, les règles de droit criminel actuellement en vigueur mettent trop l'accent sur les sévices et devraient reconnaître davantage le préjudice émotif ou psychologique.

Aux États-Unis, bon nombre de lois de nature pénale portent spécifiquement sur l'infliction d'un préjudice psychologique en définissant la violence comme le fait de causer des dommages mentaux ou émotifs à un enfant ou de le placer dans une situation comportant des risques pour sa santé mentale ou son équilibre émotif. Dans certains États, la violence psychologique constitue une infraction distincte alors que dans d'autres, elle fait partie de la définition générale de la violence.

Même si les règles de droit criminel portaient de façon plus exhaustive sur la violence psychologique ou émotive à l'endroit des enfants, des problèmes de preuve continueraient à se poser. Dans la plupart des cas, les tribunaux exigeraient une preuve spécifique du préjudice allégué. Or, il est souvent difficile de prouver l'existence d'un préjudice émotif, dont les conséquences ne deviennent parfois apparentes que longtemps après que l'acte a eu lieu. De plus, il est souvent difficile pour l'enfant de décrire ce préjudice. La preuve du fait qu'un préjudice psychologique est causé par un acte précis peut également nécessiter le témoignage de psychologues ou de psychiatres. En revanche, il peut y avoir des cas où le lien est pour ainsi dire évident. Certains tribunaux du Canada ont indiqué qu'ils étaient disposés à présumer que l'agression sexuelle et certains types de violence infligés à l'enfant entraînent un préjudice psychologique, notamment dans les cas où les actes d'agression se sont poursuivis sur une longue période ou ont été commis à maintes reprises. La Cour suprême du Canada a statué qu'un préjudice psychologique peut découler de l'agression sexuelle causant des lésions corporelles, mais que la poursuite doit le prouver.

Compte tenu des problèmes inhérents à l'obligation de prouver le préjudice et le lien, une autre solution serait peut-être de préciser le type de preuve qui indique l'existence d'un préjudice émotif, de se servir de définitions qui mettent l'accent sur la conduite de l'agresseur ou d'établir des présomptions légales précisant que certains types de comportement donnent lieu à un préjudice émotif, en plus de permettre la présentation de tout élément de preuve établissant le préjudice lui-même.

**Y aurait-il lieu d'ajouter au *Code criminel* une infraction distincte afin d'interdire la violence psychologique grave ou le fait de causer un préjudice psychologique ou émotif grave à l'enfant?**

**Y aurait-il lieu d'inclure le fait de causer un préjudice émotif ou psychologique grave dans les infractions actuellement prévues au *Code criminel* ou toute nouvelle infraction portant sur l'agression ou la négligence criminelle?**

## **L'homicide visant les enfants**

Le meurtre et l'homicide involontaire coupable constituent des formes d'homicide. Dans le cas du meurtre, il est nécessaire de prouver une intention spécifique de tuer, ce qui est souvent difficile à faire. Cette preuve n'est cependant pas obligatoire dans le cas de l'homicide involontaire coupable. Récemment, un jury formé au cours de l'enquête d'un coroner a recommandé l'adoption d'une infraction d'homicide visant les enfants pour laquelle il ne serait pas nécessaire de prouver une intention spécifique de tuer, soit une forme d'homicide involontaire coupable touchant spécifiquement les enfants. Le jury présumait ainsi que cette infraction pourrait donner lieu à un plus grand nombre de condamnations et à des peines d'emprisonnement de plus longue durée que les diverses formes d'homicide involontaire coupable sanctionnées actuellement.

Certaines lois américaines spéciales concernant l'homicide à l'endroit des enfants précisent que, lorsqu'un enfant est décédé par suite d'une agression, le poursuivant doit prouver uniquement que le contrevenant a agressé physiquement l'enfant et que l'agression a entraîné la mort de celui-ci. D'autres lois adoptées à ce sujet aux États-Unis exigent la preuve d'une certaine forme d'insouciance, de négligence grossière ou d'indifférence extrême à l'endroit de la vie de la personne.

La possibilité de créer des infractions à l'égard de l'agression physique et de la négligence criminelle visant les enfants a déjà été commentée. Si l'une ou l'autre de ces infractions devait entraîner la mort, le contrevenant pourrait être accusé d'homicide à l'endroit de l'enfant concerné. Que la nouvelle infraction d'homicide visant spécifiquement des enfants se traduise ou non par un plus grand nombre de condamnations et par des peines d'emprisonnement de plus longue durée, elle pourrait faire ressortir la réprobation de la société à l'endroit de la violence ou de la négligence qui entraîne la mort d'un enfant.

### **Y aurait-il lieu de créer une nouvelle infraction d'homicide visant les enfants?**

## **Omission de signaler les crimes présumés visant des enfants**

Pour assurer la protection des enfants, il est nécessaire de signaler sans délai les cas de violence aux autorités provinciales concernées. La plupart des provinces ont adopté des dispositions législatives exigeant le signalement des cas d'enfants maltraités aux autorités offrant des services d'aide à l'enfance, ou, dans quelques cas, à la police au lieu de ces autorités. Dans certaines provinces, aucune pénalité n'est prévue lorsque des personnes qui ne sont pas des professionnels omettent de faire ce signalement.

Toutefois, à l'heure actuelle, le *Code criminel* fédéral ne renferme aucune disposition exigeant le signalement d'infractions présumées visant des enfants, notamment dans les cas de décès suspect. Néanmoins, il arrive souvent que des personnes ordinaires et des professionnels qui travaillent auprès des enfants signalent directement à la police les cas de cette nature.

La plupart des provinces ont adopté des protocoles obligeant les autorités qui offrent des services d'aide à l'enfance à informer la police lorsqu'elles apprennent l'existence de cas où un crime pourrait avoir été commis. Cependant, il se peut que, dans certains cas, les infractions criminelles ne soient pas signalées à la police, notamment lorsque le contrevenant a quitté la maison ou que les parents ont accepté de collaborer dans le cadre d'une thérapie. À l'inverse, la police se montre parfois réticente à poursuivre l'examen d'une plainte lorsque la famille concernée fait déjà l'objet d'une surveillance de la part des autorités offrant des services d'aide à l'enfance. Tous les paliers de gouvernement ont insisté sur l'importance de définir les responsabilités et de renforcer les protocoles de collaboration entre les systèmes de protection de l'enfance et le système de justice pénale.

De l'avis de certains, si l'omission de signaler ces comportements à la police était elle-même considérée comme une infraction, les enfants seraient peut-être mieux protégés. Ces rapports pourraient être exigés en plus de l'obligation actuelle de signaler les cas en question aux autorités offrant des services d'aide à l'enfance. Une disposition législative pourrait préciser que toute personne ayant des motifs raisonnables de croire qu'un enfant a été victime ou est sur le point d'être victime d'agression ou de négligence doit signaler la situation à la police. D'autres options consisteraient à limiter l'obligation de signalement aux cas où les enfants n'ont pas atteint un âge donné ou à certaines infractions prévues au *Code criminel*.

L'adoption d'une disposition faisant de l'omission de signaler ces comportements une infraction criminelle permettrait peut-être d'éliminer les doutes et la confusion pour les professionnels et pour d'autres personnes, puisqu'on saurait quand signaler un crime visant un enfant.

**Y aurait-il lieu de créer une infraction d'omission de signaler à la police les infractions présumées d'agression ou de négligence visant des enfants?**

## II. DÉTERMINER LA PEINE DE MANIÈRE À PROTÉGER LES ENFANTS

La création de nouvelles infractions constitue l'une des méthodes que les intervenants concernés du système de justice pénale peuvent utiliser pour appuyer et renforcer les efforts des lois provinciales visant à améliorer la protection des enfants et des jeunes. Un autre moyen d'action visible et direct consiste à aider les tribunaux en leur donnant les moyens de punir les contrevenants comme il se doit et d'assurer

l'utilisation de toutes les ressources disponibles, grâce à des efforts concertés des administrations, pour empêcher les agresseurs de récidiver. L'infraction de peines correspondant à la gravité des crimes et de la conduite des contrevenants pourrait également envoyer des messages clairs de réprobation et peut-être même dissuader d'autres personnes de s'engager dans cette voie.

Au cours des dernières années, les dispositions du *Code criminel* concernant la détermination de la peine ont été modifiées en profondeur par l'ajout d'un énoncé clair de l'objet et des principes qui les sous-tendent. De plus, les tribunaux disposent désormais d'un plus grand arsenal d'options en matière de détermination de la peine afin de régler de façon plus satisfaisante les différentes situations dont ils sont saisis.

### **Ordonnances d'interdiction**

Ainsi, en vertu de l'article 161 du *Code criminel*, un tribunal peut rendre une ordonnance d'interdiction distincte ayant pour effet d'empêcher le contrevenant reconnu coupable d'une infraction sexuelle à l'endroit d'un enfant de moins de quatorze ans d'entrer en contact avec des enfants ou d'exercer un emploi qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis des enfants. L'interdiction peut être perpétuelle. Les tribunaux peuvent également, par ordonnance, reporter la libération conditionnelle des contrevenants coupables de crimes visant des enfants. Les autorités correctionnelles peuvent reporter la mise en liberté de certains délinquants ayant commis un crime à l'encontre d'un enfant, lorsqu'elles ont des raisons de croire que le détenu commettra d'autres crimes similaires.

### **Contrevenants visés par une surveillance de longue durée**

En septembre 1996, le gouvernement a adopté de nouvelles mesures visant à renforcer le régime de détermination de la peine et le régime correctionnel à l'endroit des individus présentant un risque élevé de récidive et de violence. Ces mesures ont été promulguées en juillet et août 1997. D'après certaines recherches, plus de quatre-vingt-dix pour cent des cas où ces mesures avaient été couronnées de succès concernaient des délinquants sexuels, mais cette procédure était peu souvent utilisée. Il était donc nécessaire d'offrir aux tribunaux la possibilité d'infliger une peine qui permettrait la surveillance intensive des délinquants sexuels après leur libération. La nouvelle procédure à l'égard des contrevenants visés par une surveillance de longue durée devait s'appliquer à l'ensemble des délinquants sexuels, notamment à ceux qui s'étaient attaqués à des enfants, et elle avait pour effet d'assujettir ces contrevenants à une période de surveillance pouvant atteindre dix ans après leur sortie de prison et toute période de libération conditionnelle.

## **Engagements de ne pas troubler l'ordre public**

L'engagement de ne pas troubler l'ordre public ne constitue pas une peine en soi, parce qu'il découle d'une ordonnance que le tribunal peut rendre sans que la personne concernée ait nécessairement été accusée ou condamnée. Toutefois, le législateur a reconnu qu'il était possible de promouvoir la dissuasion et la protection en permettant à certaines personnes de présenter au tribunal des demandes d'ordonnances de cette nature malgré l'absence d'accusations ou de condamnations. Dans les cas indiqués, lorsqu'il existe de bonnes raisons de craindre qu'une personne ne commette une infraction sexuelle ou un autre type d'infraction visant un enfant, les tribunaux peuvent imposer des conditions régissant le comportement et les activités de cet individu.

## **Répondre aux besoins et aux intérêts des enfants dans la politique relative à la détermination de la peine**

Certains se sont demandé si la politique actuelle en matière de détermination de la peine permet de répondre de façon satisfaisante aux besoins et aux intérêts des enfants. De l'avis de plusieurs, il y aurait lieu de modifier le régime actuel de façon

- à faire ressortir l'importance de la réprobation et de la prévention des crimes visant des enfants;
- à fournir aux tribunaux d'autres outils qui leur permettraient d'exiger la surveillance prolongée des contrevenants qui constituent une menace constante de récidive à l'endroit des enfants ainsi que l'accès à des traitements pour ces contrevenants;
- à reconnaître la fréquence et la gravité des agressions commises à l'endroit des enfants à la maison et des actes de violence dont ils sont victimes de la part des parents et des gardiens;
- à reconnaître que, dans les cas d'agression familiale ou d'abus de confiance, il n'est pas inhabituel que le contrevenant ait précédemment été reconnu comme une personne de bonne moralité ou qu'il n'ait aucun casier judiciaire et que, par conséquent, les tribunaux devraient accorder moins d'importance à ces facteurs au moment de déterminer la peine à infliger à ces contrevenants;
- à obliger les tribunaux à accorder de l'importance aux préjudices psychologiques et émotifs causés aux enfants au moment d'évaluer la gravité des infractions et de la conduite reprochée.

**La prise en compte de ces suggestions permettrait-elle de répondre aux besoins et aux intérêts des enfants en matière de détermination de la peine?**

**Existe-t-il d'autres façons de modifier le régime actuel de détermination de la peine pour répondre aux besoins et aux intérêts des enfants?**

**Mention de l'enfant dans l'énoncé de l'objet et des principes fondamentaux de la détermination de la peine**

Les dispositions générales du *Code criminel* qui énoncent l'objet et les principes fondamentaux de la détermination de la peine (articles 718 et 718.1) visent à assurer la protection et la sécurité des enfants même en l'absence d'une mention spécifique en ce sens. Toutefois, ces énoncés généraux n'ont pas pour effet de reconnaître explicitement la protection et la sécurité des enfants à titre d'objectifs fondamentaux.

Une modification de l'énoncé de l'objet et des principes pourrait indiquer plus clairement que les tribunaux devraient, au moment de déterminer la peine à infliger, tenir compte de l'un ou de plusieurs autres objectifs définis lorsque la victime est un enfant, notamment la nécessité de protéger la victime en cause et d'autres victimes possibles du contrevenant; la nécessité de dissuader d'autres personnes de commettre des infractions visant des enfants; la nécessité de dénoncer les crimes visant des enfants; ou la nécessité d'assurer la surveillance et le traitement des contrevenants qui commettent des infractions de cette nature. Dans les cas indiqués, les tribunaux qui sont appelés à déterminer une peine pourraient être contraints de tenir compte de ces objectifs ou d'autres objectifs en plus de ceux qui sont déjà définis.

Une autre option consisterait à modifier le principe fondamental de la détermination de la peine qui est énoncé à l'article 718.1 par l'ajout d'une présomption selon laquelle les infractions que les adultes commettent à l'endroit des enfants et qui causent un préjudice à la victime sont graves, de sorte que le degré de responsabilité du contrevenant doit correspondre à la gravité de cette infraction. Cette façon de procéder permettrait de mieux reconnaître la responsabilité qu'ont tous les adultes de notre société envers les enfants, parce que ceux-ci sont vulnérables pendant leur croissance.

**Une mention plus directe des enfants aiderait-elle les tribunaux, dans les cas indiqués, à mettre directement l'accent sur les besoins des enfants victimes d'infractions au moment de déterminer la peine à infliger aux contrevenants?**

**Les objectifs définis pourraient-ils aider les tribunaux à déterminer la peine qui convient lorsque la victime de l'infraction est un enfant?**

**Les mesures proposées se trouveraient-elles renforcées si on modifiait les principes de détermination de la peine pour que toutes les infractions que les adultes commettent à l'endroit des enfants soient graves?**

#### **Autres principes de détermination de la peine – article 718.2**

L'article 718.2 du *Code criminel* énonce d'autres principes de détermination de la peine que le tribunal doit prendre en compte. Les éléments suivants qui caractérisent l'infraction sont considérés comme des circonstances aggravantes : le fait que le contrevenant a agressé son conjoint ou son enfant (mais aucun autre enfant pour l'instant) et le fait que le contrevenant a utilisé de façon abusive une position de confiance ou d'autorité à l'endroit de la victime. Certaines recherches ont démontré que d'autres circonstances aggravantes plus spécifiques pourraient aider le tribunal à déterminer la peine à infliger. Voici quelques-unes des modifications proposées :

- la preuve d'un préjudice émotif ou psychologique continu ou répété à l'endroit d'un enfant à la maison dans le cadre de la perpétration d'une infraction doit être considérée comme une circonstance aggravante;
- la preuve du fait que le gardien d'un enfant a brutalisé une autre personne à la maison en présence de l'enfant doit être considérée comme une circonstance aggravante;
- (dans le cas d'un contrevenant adulte) l'âge de la victime constitue une circonstance aggravante qui est encore plus importante dans le cas des enfants plus jeunes.

**Ces circonstances aggravantes supplémentaires devraient-elles être prises en compte au moment de la détermination de la peine?**

**Existe-t-il d'autres circonstances aggravantes qui devraient être prises en compte?**

**Élargir les pouvoirs des tribunaux pour leur permettre de structurer les conditions en matière de détermination de la peine**

Pour dissuader les contrevenants de commettre des infractions visant des enfants, il faudra adopter un éventail de mesures beaucoup plus complexes que la simple incarcération ou l'infliction de peines plus sévères. Certaines récentes réformes indiquent, comme l'expérience l'a d'ailleurs démontré, que les traitements pendant l'incarcération et la surveillance prolongée après la remise en liberté constituent dans certains cas des façons plus efficaces de favoriser la dissuasion et d'accroître la protection.

Si le contrevenant ne peut être considéré comme un contrevenant visé par une surveillance de longue durée, le tribunal pourrait toujours vouloir en assurer la surveillance constante et veiller à ce qu'un traitement soit disponible pour lui après sa libération afin de protéger l'enfant en cause ou d'autres enfants. Toutefois, le juge ne rendra peut-être pas d'ordonnance de probation assortie d'une période de surveillance ou une ordonnance prévoyant l'accès à un traitement après l'incarcération, parce qu'aucune ordonnance de probation ne peut être rendue à moins qu'une peine inférieure à deux ans n'ait été infligée. Curieusement, les tribunaux pourraient ordonner une surveillance prolongée et l'accès à un traitement uniquement dans les cas où le contrevenant n'est pas considéré comme une menace pour la société, mais ils ne pourraient le faire dans le cas contraire, si le contrevenant ne respecte pas les critères d'admissibilité au statut de contrevenant visé par une surveillance de longue durée.

Pour corriger cette situation, il y aurait peut-être lieu de modifier le *Code criminel* de façon à permettre au tribunal d'ordonner la probation, la surveillance communautaire ou l'accès à un traitement approprié lorsqu'il inflige une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, dans les cas où cette ordonnance est nécessaire pour assurer la protection de l'enfant. En pareil cas, il serait peut-être souhaitable de permettre que la probation, la surveillance ou le traitement s'étale sur une période de cinq ans, par exemple.

Comme solution de rechange à la probation infligée au moment de la détermination de la peine ou comme complément de cette mesure, le juge pourrait ordonner spécifiquement à la commission des libérations conditionnelles de tenir compte des circonstances qui ont été mises en preuve au cours du procès et qui indiquent qu'il est nécessaire de continuer à protéger les enfants. Ces facteurs devraient être pris en compte lors de toute décision sur la mise en liberté surveillée. Le

juge reconnaîtrait et préciserait dans l'ordonnance tout besoin spécial lié à la protection de l'enfant en cause, notamment dans les cas où il est probable que le contrevenant retournera à la maison.

### **III. FACILITER L'EXPÉRIENCE DES ENFANTS TÉMOINS ET LA RECEVABILITÉ DE LEURS TÉMOIGNAGES DANS LES INSTANCES CRIMINELLES**

Soutenus par une volonté d'accroître la protection que la loi offre aux enfants, les réformes législatives et les initiatives judiciaires s'étaient fortement axées, au cours de la dernière décennie, sur la façon de rendre plus aisée l'expérience des enfants victimes et témoins qui comparaissent devant les tribunaux et sur la recevabilité de leurs témoignages par les tribunaux. Cette question soulève les problématiques de l'habileté des enfants à témoigner, des témoignages rendus à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran, du recours aux témoignages enregistrés sur bandes vidéo, du oui-dire et des autres mesures de soutien mises à la disposition des enfants qui sont appelés à témoigner.

Les initiatives législatives visaient à apporter des solutions au traumatisme de plus en plus évident causé par l'obligation de témoigner et les effets déstabilisants qu'il pouvait avoir sur la mémoire des enfants et leur capacité à rapporter clairement leurs souvenirs des événements, de même que sur l'exactitude et l'exhaustivité de leur témoignage en cour. Cette situation est susceptible de compliquer singulièrement la tâche des tribunaux, qui est de discerner le vrai du faux, et, de ce fait, rendre la condamnation d'un contrevenant beaucoup plus ardue.

Des lois ont été adoptées afin de permettre à un enfant de rendre témoignage en présence d'une personne de confiance, d'interdire qu'il soit contre-interrogé par un accusé, de lui permettre de témoigner à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran, et d'autoriser le recours à un enregistrement vidéo sur lequel l'enfant décrit les actes qui constituent le fondement de la poursuite.

Le pouvoir judiciaire a reconnu que les poursuites pénales impliquant des préjudices subis par un enfant ont des caractéristiques uniques : d'une part, les infractions en cause sont souvent commises en privé, de sorte que l'enfant en est souvent le seul témoin, et, d'autre part, il existe rarement des preuves médicales susceptibles de corroborer les faits. Par conséquent, l'issue de plusieurs procès dépend presque uniquement de l'évaluation que le tribunal fait de la crédibilité de l'enfant et de sa capacité à rendre un témoignage aussi complet et précis que possible. Les tribunaux en sont venus à la conclusion que, dans de tels cas, le récit le plus complet et le plus précis, et, partant, le meilleur, peut s'avérer être celui que l'enfant a livré à une autre personne à une époque plus rapprochée de l'événement en question. Une série de décisions judiciaires ont autorisé la production en preuve des déclarations antérieures de l'enfant, si les circonstances permettent de croire qu'elles sont dignes de foi.

Ces changements ont fait progresser de manière importante l'objectif qui est de faciliter l'expérience vécue par les enfants victimes et témoins devant les tribunaux et d'aider ces derniers en mettant à leur disposition les témoignages d'enfants. Couplés aux réformes législatives qui ont créé ou redéfini des infractions pour mieux tenir compte des préjudices que les enfants subissent, ces changements ont également produit une augmentation marquée des poursuites fructueuses.

## Habilité des enfants à témoigner

Un certain nombre de problèmes restent à résoudre. L'un d'eux est certes la présomption qui s'applique encore, selon laquelle les enfants de moins de quatorze ans sont inaptes à témoigner. À chaque fois, il faut procéder à un *voir-dire* (une audition spéciale) afin de juger de l'habileté de l'enfant à témoigner, une procédure qui n'intervient, dans le cas d'un adulte, que si l'il existe un motif de croire que ce dernier n'est pas apte.

En 1984, le Comité Badgley a lancé un appel en faveur d'une modification fondamentale de la loi qui permettrait aux enfants de parler directement en leur nom au cours des poursuites judiciaires reposant sur des allégations d'agression sexuelle. Les recherches menées par les membres du Comité les ont convaincus que les présomptions concernant le manque de fiabilité des jeunes enfants et leur incapacité de se rappeler des événements relatifs à des infractions d'ordre sexuel sont en grande partie sans fondement. Les membres ont observé qu'il existait des différences de taille entre les enfants sur le plan de la capacité, comme c'est le cas chez les adultes. De l'avis du Comité, il faut se garder d'établir un lien de cause à effet entre l'habilité à témoigner et l'âge du témoin, car cette façon de faire ne tient pas compte des différences qui existent chez les enfants sur le plan cognitif et du développement. Le Comité a conclu qu'il ne devrait y avoir aucune règle particulière touchant la capacité légale des enfants de témoigner devant un tribunal, et que les témoignages des enfants devraient être reçus et appréciés d'une manière similaire à ceux des adultes. Plus précisément, le Comité a recommandé que la *Loi sur la preuve au Canada*, la *Loi sur les jeunes contrevenants* ainsi que les lois provinciales concernant la preuve soient modifiées de façon à prévoir ce qui suit :

1. Tout enfant est apte à témoigner devant un tribunal et son témoignage est admissible. La valeur probante du témoignage de l'enfant doit être évaluée par le juge des faits sous l'angle du poids à accorder à ce témoignage, et non pas en en faisant une question de recevabilité.
2. L'enfant qui est incapable de répondre verbalement à des questions formulées simplement pourrait être empêché de témoigner.
3. Chaque fois qu'il le juge nécessaire, le tribunal doit faire au juge des faits les mises en garde qu'il considère pertinentes.

Le Comité a fait plusieurs autres recommandations visant à faciliter l'expérience et à minimiser le traumatisme des enfants qui comparaissent devant les tribunaux de juridiction pénale à titre de victimes ou de témoins. La motivation centrale des recommandations du Comité visant la question de l'habilité à témoigner était d'éliminer des règles qui s'inspiraient de postulats stéréotypés et non vérifiés au sujet des enfants, et de faire en sorte que leurs témoignages soient entendus toutes les fois que cela s'avère possible à la seule condition qu'ils soient capables de relater les événements, de comprendre des questions simples et d'y répondre. Tout comme dans le cas des témoins adultes, il n'y aurait pas normalement lieu de tenir au préalable une enquête visant à s'enquérir de la compétence du témoin.

En 1988, le projet de loi C-15 modifiait la *Loi sur la preuve au Canada* en réponse aux recommandations du Comité Badgley. La loi continuait d'exiger qu'une enquête sur la capacité de l'enfant à témoigner soit menée, mais les conditions n'étaient plus les mêmes. Ces nouvelles conditions semblaient constituer un assouplissement des obstacles à la recevabilité du témoignage d'un enfant en insistant sur la capacité du témoin éventuel de « communiquer les faits dans son témoignage », ce qui, d'après le Comité Badgley, réfère à la capacité de répondre à des questions formulées de façon simple. Parallèlement, la décision de ne pas éliminer complètement la nécessité d'enquêter comme l'avait recommandé le Comité Badgley laissait sous-entendre qu'on nourrissait encore certaines inquiétudes quant à la fiabilité des témoignages rendus par les enfants.

La *Loi sur la preuve au Canada* prévoit que le témoin âgé de moins de quatorze ans ne peut témoigner sans que le tribunal ne procède au préalable à une enquête visant à déterminer si cette personne comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et si elle est capable de communiquer les faits dans son témoignage. Si les enfants ne comprennent pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle mais qu'ils sont capables de communiquer les faits dans leur témoignage, ils peuvent témoigner en promettant de dire la vérité. S'ils ne peuvent communiquer les faits dans leur témoignage, la Loi prévoit qu'ils ne peuvent témoigner.

Depuis, les tribunaux ont ajouté à la capacité de communiquer les faits, prévue à l'article 16 de la *Loi sur la preuve*, deux conditions supplémentaires : la capacité d'observer et de se rappeler les faits. De plus, ils ont interprété la « capacité de communiquer les faits » comme étant plus que l'aptitude à répondre à des questions simples. L'une des cours d'appel a indiqué qu'il s'agissait de déterminer si la personne qui témoigne était capable de relater les aspects litigieux de son témoignage avec une certaine autonomie et non seulement en réponse à des questions suggestives, et démontrait une volonté de relater l'essentiel de ce qui lui était arrivé. L'absence de réactions – un état de chose qui, dans le cas d'un adulte, n'aurait d'effet que sur le poids à accorder à son témoignage - rend un enfant inhabile à témoigner.

Le même tribunal a ajouté un autre élément en précisant que les critères de recevabilité d'un témoignage rendu sur promesse de dire la vérité, aux termes de la nouvelle législation, étaient les mêmes que ceux qui s'appliquaient au témoignage

d'une personne non assermentée en vertu de la loi en vigueur auparavant. La cour a conclu qu'avant de permettre à un enfant de rendre témoignage, le juge de première instance devait être convaincu que l'enfant comprend le sens de la promesse et l'importance de tenir celle-ci, ou, en d'autres termes, qu'il comprend le sens du devoir de dire la vérité. Dans un jugement récent, la Cour suprême du Canada semble avoir adopté cette vision en mettant l'accent sur le fait que les enfants pouvaient éprouver de la difficulté à comprendre le sens de l'obligation découlant d'une promesse de dire la vérité. Cette interprétation judiciaire semble avoir eu pour effet de rétablir l'état du droit antérieur, de sorte que la mise en oeuvre de la réforme peut être jugée comme ayant peu ou pas d'effet du tout. Ainsi, toute tentative future d'introduire dans la loi un critère d'admissibilité d'un témoignage donné sur promesse de dire la vérité risquerait de s'avérer elle aussi infructueuse.

### **Réforme complémentaire des conditions d'habilité à témoigner**

Bien des arguments ont été avancés en faveur de l'élimination de la condition de tenir une enquête sur la compétence dans tous les cas où un témoin à une instance criminelle est âgé de moins de quatorze ans. En l'absence d'une disposition législative obligeant la tenue d'une telle enquête, il ne serait pas d'usage courant de scruter les facteurs discutés précédemment -- la capacité d'observer ce qui s'est passé, de relater de façon autonome les faits litigieux de la preuve, etc. -- avant de permettre à un enfant de témoigner. Ces facteurs continueraient évidemment d'avoir un effet sur le poids à accorder au témoignage, comme c'est le cas pour le témoin adulte.

Les critères servant à juger de la compétence d'un témoin, de même que leur interprétation par les tribunaux, semblent compliquer inutilement les choses. Il se peut que les effets non désirés de la réforme aient rendu l'expérience des enfants témoins plus traumatisante au lieu de la faciliter, en plus de faire en sorte que leurs témoignages soient plus difficilement recevables. La procédure à laquelle un enfant est soumis avant de pouvoir témoigner ne cesse d'augmenter en fréquence et en complexité. Un stigmate continue de marquer les témoignages donnés sans assermentation ou sur promesse de dire la vérité.

De nouvelles manières d'aborder la question de l'habilité d'un enfant à témoigner sont en place dans d'autres pays. Ainsi, on peut trouver dans les règles de preuve américaines (*Federal Rules of Evidence*) une présomption d'habilité de même qu'une disposition prévoyant que la compétence du témoin enfant ne peut être vérifiée que si le tribunal est d'avis, au vu du dossier, qu'il existe des motifs impérieux de le faire. L'article précise que l'âge de l'enfant ne constitue pas à lui seul un motif impérieux. L'interrogatoire visant à déterminer l'habilité de l'enfant à témoigner doit être mené à l'abri de la vue et de l'écoute du jury, et les questions posées à l'enfant doivent être adaptées à son âge et à son niveau de développement. De plus, les questions ne doivent pas porter sur les faits du litige; elles doivent plutôt se contenter d'évaluer la capacité de l'enfant à comprendre des questions simples et à y répondre.

L'Angleterre a elle aussi adopté une nouvelle loi pénale dans le but d'abolir les conditions qui s'appliquaient autrefois aux enfants. En vertu de la nouvelle loi, l'enfant n'est plus tenu de se soumettre à une audition pour l'évaluation de son habilité avant de témoigner à une instance criminelle. La loi prévoit plutôt que le témoignage d'un enfant doit être reçu à moins que le tribunal ne soit d'avis que l'enfant est incapable de rendre un témoignage intelligible. Le juge n'a plus à être convaincu que l'enfant comprend la nature du devoir de dire la vérité ni à prévenir l'enfant qu'il doit dire la vérité, et, inversement, l'enfant n'a plus à promettre de dire la vérité. Enfin, la loi prévoit que les témoins âgés de moins de quatorze ans ne sont pas assermentés.

**Devrait-on mettre les enfants qui témoignent sur le même pied que les adultes en supprimant l'obligation de tenir une audience relative à l'habileté de l'enfant?**

### Modes de présentation des témoignages d'enfants

#### Témoignage à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran

Le paragraphe 486(2.1) du *Code criminel* permet au plaignant ou à un témoin âgé de moins de dix-huit ans de témoigner à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran ou un dispositif qui lui permet de ne pas voir l'accusé. La disposition vise à prévenir les situations dans lesquelles on peut raisonnablement s'attendre à ce que la présence de l'accusé intimide ou nuise à l'enfant qui témoigne ou agit à titre de plaignant et qu'il soit, pour cette raison, réticent à témoigner. Le juge, sur requête, ordonne que le témoignage se fasse de l'une des façons prévues par le paragraphe.

Une telle ordonnance ne sera rendue que si un certain nombre de conditions sont respectées :

- 1) l'accusé doit être poursuivi pour l'une des infractions sexuelles ou de voies de fait spécifiées, notamment l'agression sexuelle, les contacts sexuels, l'incitation à des contacts sexuels, l'exploitation sexuelle, l'exhibitionnisme et les voies de fait causant des lésions corporelles;
- 2) le plaignant ou le témoin a moins de dix-huit ans au moment du procès ou de l'enquête préliminaire;
- 3) le juge doit être d'avis que l'exclusion est nécessaire pour obtenir du témoin ou du plaignant qu'il donne « un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation »;
- 4) si le témoignage a lieu à l'extérieur de la salle d'audience, la possibilité doit être donnée à l'accusé, au juge et au jury d'assister au témoignage par télévision en circuit fermé ou « par un autre moyen », et l'accusé doit pouvoir communiquer avec son avocat pendant le témoignage.

La Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité du paragraphe 486(2.1), sa préoccupation centrale étant d'obtenir la preuve la plus fiable possible. La

Cour a reconnu que le fait d'adopter des mesures destinées à minimiser le traumatisme qui guette le témoin enfant et de lui permettre de témoigner dans les conditions les plus faciles possible pouvait servir à faire avancer la recherche de la vérité. Cependant, la loi ne visait pas expressément la réduction de l'anxiété du témoin. Si le témoin est capable de présenter au tribunal un récit « complet et franc » des événements en dépit de la présence de l'accusé, il ne lui sera pas permis de témoigner derrière un écran ou par l'intermédiaire de la télévision en circuit fermé, et ce, malgré les préjudices psychologiques qu'il pourrait subir.

Les raisons militent en faveur de l'utilisation constante de l'écran ou de la télévision en circuit fermé sont différentes selon qu'il s'agit du témoignage d'enfants ou de celui d'adolescents. Les jeunes enfants ont besoin d'une attention spéciale afin que le tribunal puisse obtenir d'eux le récit le plus complet possible. Dans le cas des adolescents, les connaissances actuelles sur le développement psychologique et affectif des adolescents portent à croire que le traumatisme auquel ces derniers sont sujets tient non seulement à la peur que l'accusé engendre, mais également à la honte et l'embarras liés au fait d'avoir à révéler en public le genre d'informations parfois exigées lors d'un procès. Or, quand vient le temps de décider s'il faut autoriser le recours à des mesures facilitant le témoignage, certains tribunaux axent leur analyse sur la notion de peur face à l'accusé ou sur l'interprétation du terme « nécessaire », de sorte que les traumatismes propres aux adolescents risquent d'être perçus comme insuffisants pour motiver de telles mesures.

L'une des solutions pourrait consister à modifier le libellé du critère afin de permettre le recours à ces mesures. La modification pourrait indiquer clairement que ces mesures de soutien au témoin lui sont offertes si l'un ou l'autre des motifs suivants existe : la procédure aide l'enfant à donner un récit complet et franc des événements en question ou, encore, il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant. La peur de l'accusé et le traumatisme suscité par le fait de témoigner en public ne constituerait que deux des facteurs sur lesquels s'appuyer lors du dépôt d'une requête fondée sur l'un ou l'autre des motifs.

Une autre avenue possible est de rendre les mesures de soutien au témoin obligatoires jusqu'à un âge précis, tandis qu'ils seraient mis à la disposition des jeunes dont l'âge est plus élevé selon l'un ou l'autre des motifs mentionnés précédemment, peut-être sous réserve de la décision du juge. La disposition actuelle ne s'applique que dans le cas des enfants – témoins ou plaignants – qui sont appelés à témoigner en relation avec certaines infractions sexuelles ou de voies de fait bien précises. Pourtant, les enfants qui témoignent dans des instances où des actes de violence sont en cause sont sujets à un traumatisme comparable et peuvent être tout aussi réticents à témoigner. Ces mesures pourraient peut-être être mises davantage à la disposition des enfants lorsque les infractions alléguées comportent des actes de violence ou d'autres sévices perpétrés à l'égard d'un enfant. Il est également possible de les mettre à la disposition de tous les enfants en deçà d'un certain âge, et ce, peu importe l'infraction en cause.

**Les mesures de soutien au témoin devraient-elles être mises à la disposition des enfants de manière plus généralisée?**

**Existe-t-il d'autres façons de procurer un soutien aux enfants qui témoignent?**

### **Recours aux enregistrements magnétoscopiques**

En vertu de l'article 715.1 du *Code criminel*, qui a fait son apparition en 1988 dans le cadre de la réforme proposée dans le projet de loi C-15, et dont le champ d'application a été élargi par la suite, les enregistrements magnétoscopiques contenant les déclarations antérieures d'un témoin âgé de moins de dix-huit ans au moment de la commission de l'infraction sont admissibles. L'enregistrement doit avoir été fait dans un délai raisonnable suivant l'infraction, et, au procès, l'enfant doit confirmer dans son témoignage le contenu de l'enregistrement.

La Cour suprême du Canada a déclaré cet article conforme à la Constitution. À l'époque où la mesure a été adoptée, il a été soutenu que l'admission des déclarations antérieures permettrait au tribunal d'obtenir un récit plus précis et complet des événements. Ce cadre plus informel et moins angoissant ainsi que la proximité dans le temps ne pouvaient qu'augmenter le degré de fiabilité des déclarations. Le témoin peut se rapporter à l'enregistrement même s'il se souvient des détails de l'événement, de même que l'enregistrement peut servir à supplanter le témoignage rendu au procès si le témoin éprouve des difficultés à s'exprimer ou à se souvenir des faits, quelle qu'en soit la cause. L'obligation de faire témoigner l'enfant répond aux inquiétudes qui pourraient être soulevées face à l'impossibilité de contre-interroger l'enfant au moment où la déclaration est faite.

Bien que les enfants soient encore soumis au contre-interrogatoire, le recours aux enregistrements magnétoscopiques leur évite de devoir faire une narration complète des événements en salle d'audience. La bande vidéo est visionnée avant que l'on demande à l'enfant s'il se souvient de ces déclarations et s'il veut les confirmer.

Si le tribunal juge que les déclarations enregistrées sur bande vidéo sont confirmées, elles sont reçues en preuve et peuvent servir à établir les événements décrits tout comme si l'enfant les avaient faites en cour. Les questions relatives aux circonstances dans lesquelles l'enregistrement a eu lieu, à la véracité des déclarations et à leur fiabilité générale deviennent une question d'appréciation laissée au juge des faits. Si l'enfant, lors de son témoignage, fait des déclarations qui contredisent le contenu de l'enregistrement, ce dernier peut se voir accorder moins d'importance, mais son admissibilité ne s'en trouve pas affectée.

**L'enregistrement magnétoscopique devrait-il être mis à la disposition de tous les enfants appelés à témoigner lors d'une instance criminelle, sans égard à l'infraction en cause?**

**Devrait-on encourager les corps policiers et les autres professionnels du milieu à élaborer des lignes directrices ou des normes pour l'enregistrement sur bande vidéo et le déroulement adéquats des entrevues faites auprès des enfants, et ce, afin de rendre plus probable l'admission en preuve de ces enregistrements?**

### **Déclarations relatées (oui-dire)**

Les tribunaux, désireux de faire avancer l'un des objectifs d'un procès pénal, soit la recherche de la vérité, se sont appuyés, du moins en partie, sur des considérations liées à la protection des enfants pour modifier la règle d'exclusion à l'égard des déclarations extrajudiciaires faites par un enfant à un tiers (règle du oui-dire). L'attitude traditionnelle des tribunaux a été de refuser de recevoir ces déclarations en preuve au motif qu'elles ne constituaient pas la meilleure preuve, ni la preuve la plus fiable. La préférence était accordée au témoignage direct de la victime, donné sous serment, plutôt qu'à celui du tiers rapportant les propos tenus par la victime à l'extérieur du tribunal, car le témoignage direct offrait l'avantage de donner l'occasion de contre-interroger la victime.

Mais, en 1990, dans une cause où un médecin était accusé d'avoir agressé sexuellement une enfant de trois ans, la Cour suprême a jugé que la règle du oui-dire devait être assouplie afin de répondre à des situations et à des besoins nouveaux en droit : la déclaration extrajudiciaire d'un enfant portant sur un crime dont l'enfant a été victime peut être admise en preuve pour établir la véracité de son contenu, à condition que les critères de « nécessité » et de « fiabilité » soient remplis.

Dans la cause en question, l'admission des déclarations que l'enfant avait faites à sa mère au sujet des gestes du médecin était « raisonnablement nécessaire » puisque le juge de première instance avait conclu que l'enfant était inhabile à témoigner et qu'il fallait par conséquent obtenir un compte rendu « exact et franc » de la version de l'enfant quant aux événements ayant entouré l'infraction alléguée.

Un nouveau procès a donc été ordonné, et l'accusé a été condamné. Quelque quatre ans plus tard, lors des audiences disciplinaires, l'enfant a été jugé habile à témoigner, mais il s'est révélé incapable de se remémorer les détails et les circonstances de l'agression. La déclaration antérieure faite à la mère a donc encore une fois été reçue en preuve : du fait que l'enfant était incapable de se rappeler les circonstances de l'affaire, il ne pouvait livrer une description complète et franche des

événements pertinents, ce qui établissait la nécessité d'admettre la déclaration extrajudiciaire qu'il avait faite à sa mère.

L'application de l'exception à la règle du ouï-dire a été élargie par la Cour suprême du Canada pour englober les cas où une personne rend témoignage tout en rétractant une déclaration extrajudiciaire faite précédemment. L'impossibilité d'obtenir un élément de preuve du témoin qui se rétracte suffit à justifier la nécessité de recevoir la preuve par ouï-dire. Ici aussi, les circonstances doivent offrir des garanties suffisantes quant à la fiabilité des déclarations.

En l'absence d'enregistrement magnétoscopique, le tribunal doit se fier au témoignage d'un tiers pour connaître la déclaration extrajudiciaire de l'enfant et son comportement. Cependant, il est possible de faire valoir qu'il n'existe en principe aucune raison d'établir une distinction entre un énoncé extrajudiciaire fait par écrit et de mémoire de celui fait sur bande vidéo, si les circonstances viennent en confirmer la fiabilité.

**Les déclarations extrajudiciaires faites par un enfant à un tiers au sujet d'un crime dont il a été victime devraient-elles être admises en preuve pour établir leur véracité, lorsque les circonstances entourant ces déclarations permettent de conclure à leur fiabilité?**

**Le critère de « nécessité » invoqué dans certains arrêts devrait-il être retenu?**

### **Autres types d'assistance aux enfants témoins**

Le *Code criminel* prévoit que le juge doit nommer un avocat à l'accusé qui agit pour son propre compte dans les cas où un témoin âgé de moins de quatorze ans au moment du procès doit être interrogé. Le projet de loi C-79 (1999), qui s'intéresse aux victimes d'actes criminels, envisage d'augmenter l'âge des témoins à dix-huit ans. Le Code autorise également le juge à ordonner, au terme d'une requête faite en ce sens, qu'une personne de confiance choisie par l'enfant soit présente à ses côtés pendant qu'il témoigne, en autant que l'enfant ait moins de quatorze ans au moment du procès ou de l'enquête préliminaire. Toutefois, il arrive couramment que le témoin atteigne quatorze ans avant le début du procès ou de l'enquête préliminaire, ce qui l'empêche d'exiger d'être accompagné par une telle personne de confiance.

Ces mesures d'assistance ne sont présentement allouées que dans le cadre de procès mettant en cause des infractions de nature sexuelle ou comportant la perpétration d'actes violents contre une personne.

Il est également important de s'assurer que les questions posées aux enfants en contre-interrogatoire sont adaptées à leur âge et à leur stade de développement. Les

questions non adaptées peuvent semer la confusion chez l'enfant et induire le tribunal en erreur. Il a été proposé, entre autres, de laisser les tribunaux se charger d'office de ces préoccupations, puisqu'ils sont les mieux placés pour élaborer des lignes directrices concernant l'interrogatoire des enfants et, avec le concours des avocats, pour veiller à les faire respecter.

**Serait-il plus approprié de prévoir que l'enfant qui témoigne ne sera pas privé de l'aide dont il a besoin en raison des délais ou de retards dans la conduite de l'enquête préliminaire ou du procès?**

**Serait-il préférable de mettre ces mesures d'assistance à la disposition de tous les enfants victimes ou témoins sans égard à l'infraction en cause, si elles les aident à affronter ce traumatisme et à rendre un témoignage plus complet et plus précis?**

### **Âges différents, objectifs différents : l'âge du consentement**

Différents types d'assistance adaptés à l'âge du témoin doivent être offerts pour permettre aux enfants de témoigner plus facilement devant les tribunaux et pour aider ces derniers à obtenir des récits complets. La question de l'âge se pose aussi relativement aux infractions au *Code criminel* commises à l'égard des enfants puisque l'âge du consentement à une activité sexuelle fait partie intégrante de la définition des infractions commises à l'égard des enfants. Cet âge est fixé à 14 ans pour la plupart des activités sexuelles, tandis que l'âge du consentement pour les infractions mettant en cause certaines formes particulières d'exploitation sexuelle est de 18 ans. Par exemple, l'article 153 du *Code criminel* interdit à toute personne de prendre part à une activité sexuelle avec un adolescent de 14 ans ou plus et de moins de 18 ans lorsque cette personne est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis de l'adolescent ou que l'adolescent est en situation de dépendance à l'égard de cette personne.

Les situations et les objectifs poursuivis diffèrent dans divers cas. Il semblerait que l'âge minimum du consentement ait été fixé à 14 ans en partie pour éviter la criminalisation d'activités sexuelles entre jeunes personnes consentantes du même âge ou entre personnes plus âgées. Puisque cette conduite n'est généralement pas considérée comme de l'exploitation, l'âge minimum du consentement à la plupart des activités sexuelles n'a rien à voir avec le choix de l'âge pour les infractions s'appliquant à différentes formes d'exploitation. D'autre part, les âges plus élevés observés dans les infractions d'exploitation peuvent constituer un argument de taille en faveur de l'augmentation de l'âge général du consentement et contribuer à protéger les adolescents et les enfants contre l'exploitation par les adultes.

Pour éviter de criminaliser des activités sexuelles normales que le Parlement ne juge pas à-propos de criminaliser, la loi a établi une exception lorsque deux adolescents ayant à peu près le même âge se livrent à une activité sexuelle à laquelle ils consentent tous deux (c'est-à-dire, lorsqu'ils ont 12 ou 13 ans ou que la différence d'âge entre eux est inférieure à deux ans). Même si une telle activité peut sembler inappropriée et être désapprouvée socialement, il semblerait que la meilleure façon de régir ce type d'activité demeure l'encadrement familial accompagné d'une éducation axée sur les valeurs.

Le fait que l'âge actuel du consentement soit trop bas pour protéger efficacement les jeunes contre l'exploitation sexuelle de la part d'adultes constitue un sujet d'inquiétude, bien qu'il ait été fixé par le *Code criminel* il y a maintenant environ cent ans. (Autrefois, il existait un type d'infraction interdisant tout rapport sexuel avec une jeune fille de 14 ou 15 ans, pour lequel des poursuites ne pouvaient être intentées qu'en présence de certaines circonstances difficiles à prouver.) Il est peu probable que des jeunes personnes sans expérience et manquant de maturité possèdent une connaissance suffisante des implications et des conséquences d'un rapport sexuel. L'âge actuel relativement bas pourrait permettre aux proxénètes, par exemple, de séduire des jeunes filles dans l'intention de les entraîner à la prostitution, sans craindre d'être poursuivis.

Les corps policiers ont exprimé leur inquiétude face au fait que l'âge actuel du consentement attire l'attention d'adultes vivant dans des territoires soumis à une juridiction où l'âge du consentement est plus élevé et désireux d'entraîner des jeunes filles à des rapports sexuels sans crainte de démêlés avec la justice criminelle. Une affaire récente révèle qu'un homme de quarante-trois ans vivant aux États-Unis était entré en contact avec une jeune fille de 14 ans via Internet et qu'il avait organisé une rencontre avec elle dans une chambre d'hôtel d'Ottawa. La mère de l'adolescente, mise au courant de la situation, a contacté les policiers qui ont trouvé l'homme attendant dans la chambre d'hôtel avec des objets sexuels et des condoms, mais il n'a pu être inculpé parce que l'adolescente était âgée de 14 ans, soit l'âge du consentement au Canada.

L'âge du consentement, aux États-Unis et en Australie, est généralement de 16 ans, de même qu'en Angleterre. Dans les autres pays européens, l'âge varie en fonction du pays et de la conduite invoquée, allant de 12 ans aux Pays-Bas à 15 ans en France, 16 ans en Belgique et au Luxembourg, et 17 ans en Irlande. Il a été proposé de hausser l'âge du consentement au Canada à 16 ou même 18 ans. Une telle mesure permettrait aux enfants et aux jeunes de bénéficier d'une protection supplémentaire jusqu'à ce qu'ils atteignent un degré de maturité plus élevé et qu'ils comprennent mieux les implications d'une activité sexuelle. Cela assurerait également une plus grande compatibilité avec les autres types d'activités réglementées tels le décrochage scolaire, la conduite automobile, et même le mariage.

Hausser l'âge du consentement équivaudrait à reconnaître le fait que les jeunes de plus de 14 ans sont encore vulnérables face à l'exploitation des adultes, ce qui

correspond à l'objectif des articles du *Code criminel* traitant de situations particulières d'exploitation, qui prévoient un âge plus élevé pour le consentement. Toutefois, cet âge ne doit pas être trop élevé, car il faut aussi tenir compte du fait qu'en tant qu'adolescents cheminant vers l'âge adulte, les jeunes deviennent progressivement aptes à faire des choix personnels éclairés et responsables quant à leurs activités sexuelles. Il est reconnu que le droit criminel n'est pas une mesure efficace de contrôle concernant le comportement sexuel des adolescents plus âgés.

**L'âge général du consentement à une activité sexuelle devrait-il être changé?  
Si oui, quel serait un âge approprié?**

**Le consentement invalide : son effet sur la condamnation**

L'effet que peut avoir le consentement d'un enfant à une activité sexuelle sur la détermination de la peine, lorsque l'enfant n'a pas l'âge du consentement et qu'il ne peut légalement donner un consentement valide, est un sujet très important. Récemment, un contrevenant d'une vingtaine d'années, reconnu coupable d'agression sexuelle sur une jeune fille de moins de 14 ans qui prenait soin de ses enfants, a contesté en appel la peine de neuf mois d'incarcération que le juge de première instance lui avait imposée. Dans la décision hautement médiatisée qu'elle a rendue, la Cour d'appel a remplacé la peine de prison par du travail communautaire et a invalidé la condition interdisant au contrevenant de vivre avec un enfant de moins de 18 ans.

L'observation de la Cour d'appel à la base de la décision est que si la jeune fille ne pouvait consentir en vertu de la loi, elle était néanmoins une participante volontaire. Le fait de tenir compte du consentement apparent de l'enfant ou de son manque de résistance à titre de facteur atténuant pour la détermination de la peine soulève des inquiétudes, car cette façon de faire semble contourner l'objectif de la disposition qui est d'interdire toute activité sexuelle avec un enfant n'ayant pas atteint l'âge du consentement.

**Est-ce que le *Code criminel* devrait être modifié afin de préciser que, dans les cas où le consentement est spécifiquement énoncé comme n'étant pas un moyen de défense à une accusation mettant en cause un enfant, le consentement ou l'acquiescement ne peut être considéré comme un facteur atténuant lors de la détermination de la peine?**

## **CONCLUSION : COMMENT OFFRIR UNE MEILLEURE PROTECTION AUX ENFANTS**

La victimisation des enfants et des jeunes entraîne des coûts non négligeables, tant pour les enfants victimes que pour l'avenir de notre société. Un effort soutenu est nécessaire pour améliorer la prévention d'éventuelles situations d'abus, de négligence et d'exploitation, et pour assurer une efficacité au niveau des enquêtes, des poursuites et des peines lorsque des crimes sont commis contre les enfants.

Ce document présente plusieurs projets d'amélioration visant à apporter une meilleure protection aux enfants et aux jeunes. Le ministère de la Justice du Canada consultera des organismes et des professionnels travaillant avec les enfants victimes au sujet des questions abordées dans ce document. Toutefois, le bien-être des enfants est une question qui préoccupe tout le monde, et il est essentiel que les parents, les autres membres de la famille et tous les Canadiens qui ont à cœur le bien-être des enfants se fassent entendre à ce sujet. Tous les groupes et particuliers concernés sont invités à faire parvenir leurs réponses aux questions posées dans ce document. Le tout sera soigneusement examiné afin de déterminer les mesures à prendre pour améliorer la protection des enfants et des jeunes sur le plan du droit criminel.

Veuillez faire parvenir vos commentaires d'ici le 21 mars 2000 à :

Consultation sur les enfants victimes  
Section de la famille, des enfants et des adolescents  
Ministère de la Justice du Canada  
284, rue Wellington  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0H8